

المُقْتَبَع

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي

٥٤١ - ٥٦٢٠ هـ

و :

الشرح الكبير

لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي

٥٩٧ - ٦٨٢ هـ

ومعهما :

الإيضاف

في معرفة الراجح من الخلاف

لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المزداوي

٨١٧ - ٨٨٥ هـ

تحقيق

الدكتور عبد بن عبد المحسن التركي

الجزء الخامس عشر

السُّبْق - العَارِيَّة - الغُصْب - الشَّفْعَة

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع

حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الأولى
١٤١٥هـ = ١٩٩٥م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة
٣٤٥٢٥٧٩ ☎ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦
المطبعة : ٦ ، ٢ ش عيد الفتح الطويل
أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣
ص . ب ٦٣ إمبابة

يـوزع

عـلى نفقة

خادم الحرمين الشريفين

الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود

خدمة للعالم وطلابه

أجزل الله مثوبته .. ودفعه لرضائه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقنع

بَابُ السَّبْقِ

تَجُوزُ الْمُسَابَقَةُ عَلَى الدَّوَابِّ ، وَالْأَقْدَامِ ، وَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ ،
وَالسُّفُنِ ، وَالْمَزَارِقِ ، وَغَيْرِهَا .

الشرح الكبير

بَابُ السَّبْقِ

٢٢٢٦ - مسألة : (تَجُوزُ الْمُسَابَقَةُ عَلَى الدَّوَابِّ ، وَالْأَقْدَامِ)
وَالْخَيْلِ (وَالسُّفُنِ وَالْمَزَارِقِ ^(١)) ، وَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ (وَالْأَصْلُ فِي
ذَلِكَ السُّنَّةُ وَالْإِجْمَاعُ ؛ أَمَّا السُّنَّةُ ، فَرَوَى ابْنُ عُمَرَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَابَقَ
بَيْنَ الْخَيْلِ الْمُضْمَرَةِ ^(٢) مِنَ الْحَفِيَاءِ إِلَى ثَنِيَّةِ الْوُدَاعِ ، وَبَيْنَ الَّتِي لَمْ تُضْمَرْ

الإنصاف

بَابُ السَّبْقِ

قوله : تَجُوزُ الْمُسَابَقَةُ عَلَى الدَّوَابِّ ، وَالْأَقْدَامِ ، وَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ ،
وَالسُّفُنِ ، وَالْمَزَارِقِ ، وَغَيْرِهَا . يَغْنَى ، يَجُوزُ ذَلِكَ بِلا عَوْضٍ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ،
وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقَالَ الْآمِدِيُّ : يَجُوزُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ
إِلَّا بِالْحَمَامِ . وَقِيلَ : إِلَّا بِالْحَمَامِ وَالطَّيْرِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَيَصِحُّ
السَّبْقُ بِلا عَوْضٍ عَلَى أَقْدَامِ ، وَبِغَالٍ ، وَجَمِيرٍ . وَقِيلَ : وَبَقَرٍ ، وَغَنَمٍ ، وَطُيُورٍ ،

(١) المزاريق : الرماح القصيرة .

(٢) المضمرة : التي قلل علفها ، وأدخلت بيتا كتيبا ، وجُلِّلت فيه لتعرق ويجف عرقها ، فيخف لحمها وتقوى
على الجرى .

مِنْ (الثَّيِّبَةِ الْوَدَاعِ)^(١) إِلَى مَسْجِدِ بَنِي زُرَيْقٍ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . قَالَ مُوسَى بْنُ عُقْبَةَ : مِنْ (٣) الْحَفِيَاءِ إِلَى ثَيِّبَةِ الْوَدَاعِ سِتَّةُ أَمْيَالٍ أَوْ سَبْعَةُ أَمْيَالٍ . وَقَالَ سُفْيَانُ : مِنْ الثَّيِّبَةِ إِلَى مَسْجِدِ بَنِي زُرَيْقٍ مِيلٌ أَوْ نَحْوُهُ . وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى جَوَازِ الْمُسَابَقَةِ فِي الْجُمْلَةِ . وَالْمُسَابَقَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ ؛ مُسَابَقَةٌ بِغَيْرِ

وَرِمَاحٍ ، وَحِرَابٍ ، وَمَزَارِيقٍ ، وَشُخُوتٍ ، وَمَجَانِيقٍ ، وَرَمَى أَحْجَارٍ ، وَشُفَنِ ، وَمَقَالِيعٍ . وَقَالَ فِي «الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» : وَفِي الطُّيُورِ وَجْهَانٍ . وَيَأْتِي كَلَامُهُ فِي «الرَّوَضَةِ» . وَقَالَ فِي «الْفُرُوعِ» : وَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ الرَّمَى عَنْ قَوْسٍ فَارِسِيَّةٍ . وَقَالَ فِي «الْفَائِقِ» : وَمَنْعَ مِنْهُ أَبُو بَكْرٍ .

فَالْتَدَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، فِي كَرَاهَةِ لَعِبٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ عَلَى عَدُوٍّ ، وَجْهَانٍ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْفُرُوعِ» . قُلْتُ : الْأَوَّلَى الْكَرَاهَةُ ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ فِي ذَلِكَ قَصْدٌ حَسَنٌ . قَالَ فِي «الْمُسْتَوْعِبِ» : وَكُلُّ مَا يُسَمَّى لَعِبًا مَكْرُوهٌ ، إِلَّا مَا كَانَ مُعَيَّنًا عَلَى قِتَالِ الْعَدُوِّ . ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَأَقْتَصَرَ عَلَيْهِ . وَذَكَرَ فِي «الْوَسِيلَةِ» ، يُكْرَهُ

(١-١) فِي ر ١ ، م : «الثَّيِّبَةُ» .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ هَلْ يَقَالُ : مَسْجِدُ بَنِي فَلَانٍ ؟ مِنْ كِتَابِ الصَّلَاةِ ، وَفِي : بَابِ إِضْمَارِ الْخَيْلِ لِلْسَبْقِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ ، وَفِي : بَابِ مَا ذَكَرَ النَّبِيُّ ﷺ ، وَحَضَرَ عَلَى اتِّفَاقِ أَهْلِ الْعِلْمِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْاِعْتَصَامِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ، ١١٤/١ ، ٣٨/٤ ، ١٢٩/٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْمُسَابَقَةِ بَيْنَ الْخَيْلِ وَتَضَمُّنِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٤٩١/٣ .

كَأَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الرِّهَانِ وَالسَّبْقِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْجِهَادِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٨٩/٧ ، ١٩٠ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ غَايَةِ السَّبْقِ لِلَّتِي لَمْ تَضْمَرْ ، وَبَابِ إِضْمَارِ الْخَيْلِ لِلْسَبْقِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . الْمَجْتَبَى ١٨٧/٦ ، ١٨٨ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ السَّبْقِ وَالرِّهَانِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٩٦٠/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي السَّبْقِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢١٢/٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْخَيْلِ وَالْمُسَابَقَةِ بَيْنَهَا ... ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . الْمَوْطَأُ ٤٦٧/٢ ، ٤٦٨ .

(٣) فِي م : «بَيْنَ» .

الشرح الكبير

عَوْضٍ ، [٢٤٧/٤] وَمُسَابَقَةٌ بِعَوْضٍ . فَأَمَّا الْمُسَابَقَةُ بِغَيْرِ عَوْضٍ ، فَتَجُوزُ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِشَيْءٍ مُعَيَّنٍ ؛ كَالْمُسَابَقَةِ عَلَى الْأَقْدَامِ ، وَالسُّفْنِ ، وَالطَّيُورِ ، وَالْبِغَالِ ، وَالْحُمُرِ ، وَالْفِيلَةِ ، وَالْمَزَارِقِ . وَتَجُوزُ الْمُصَارَعَةُ ، وَرَفْعُ الْحِجَارَةِ ؛ لِيُعْرَفَ الْأَشَدُّ ، وَغَيْرُ هَذَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ مَعَ عَائِشَةَ فِي سَفَرٍ ، فَسَابَقَتْهُ عَلَى رَجُلِهَا فَسَبَقَتْهُ ، قَالَتْ : فَلَمَّا حَمَلْتُ اللَّحْمَ سَابَقَتْهُ فَسَبَقَنِي ، فَقَالَ : « هَذِهِ بَيْتُكَ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (١) . وَسَابَقَ سَلَمَةُ بْنُ الْأَكْوَعِ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ بَيْنَ يَدَيِ النَّبِيِّ ﷺ فِي يَوْمٍ

الإنصاف

الرَّقْصُ وَاللَّعِبُ كُلُّهُ ، وَمَجَالِسُ الشُّعْرِ . وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ ، يُكْرَهُ لِعَبِّهِ بِأَرْجُوْحَةٍ ، وَنَحْوِهَا . وَقَالَ أَيْضًا : لَا يُمَكِّنُ الْقَوْلُ بِكَرَاهَةِ اللَّعِبِ مُطْلَقًا . وَقَالَ الْأَجَرِيُّ فِي « النَّصِيحَةِ » : مَنْ وَثَبَ وَثْبَةً مَرَحًا وَلَعِبًا بَلَا نَفْعَ ، فَاثْقَلَبَ ، فَذَهَبَ عَقْلُهُ ، عَصَى ، وَقَضَى الصَّلَاةَ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يَجُوزُ مَا قَدْ يَكُونُ فِيهِ مَنَفَعَةٌ بَلَا مَضَرَّةٍ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَظَاهِرُ كَلَامِهِ ، لَا يَجُوزُ اللَّعِبُ الْمَعْرُوفُ بِالطَّابِ وَالنَّقِيلَةِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَيْضًا : كُلُّ فِعْلٍ أَفْضَى إِلَى مُحَرَّمٍ كَثِيرًا ، حَرَّمَهُ الشَّارِعُ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَصْلَحَةٌ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ سَبَبًا لِلشَّرِّ وَالْفَسَادِ . وَقَالَ أَيْضًا : مَا أَلْهَى وَشَغَلَ عَمَّا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ ، فَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَحْرَمْ جَنْسُهُ ؛ كَبَيْْعِ وَتِجَارَةٍ وَنَحْوِهَا . الثَّانِيَةُ ، يُسْتَحَبُّ اللَّعِبُ بِأَلَةِ الْحَرْبِ . قَالَ جَمَاعَةٌ : وَالثَّقَافِ . نَقَلَ أَبُو دَاوُدَ ، لَا يُعْجِبُنِي أَنْ يَتَعَلَّمَ بِسَيْفٍ حَدِيدٍ ، بَلْ بِسَيْفٍ خَشَبٍ . وَلَيْسَ مِنَ اللَّهِوِ الْمُحَرَّمِ تَأْدِيبُ فَرَسِهِ ، وَمُلَاعَبَةُ أَهْلِهِ ، وَرَمْيُهُ عَنْ قَوْسِهِ ؛ لِلْحَدِيثِ

(١) فِي : بَابِ فِي السِّبْقِ عَلَى الرَّجُلِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٨/٢ .

كَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٦٤/٦ .

وَلَا تَجُوزُ بِعَوْضٍ ، إِلَّا فِي الْخَيْلِ ، وَالْإِبِلِ ، وَالسَّهَامِ ، المقنع

الشرح الكبير
ذِي قَرْدٍ^(١) . وصَارَعَ النَّبِيُّ ﷺ رُكَانَةَ فَصَّرَعَهُ . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٢) . وَمَرَّ
بِقَوْمٍ يَرْبَعُونَ حَجَرًا - يَعْنِي يَرْفَعُونَهُ - لِيَعْرِفُوا الْأَشَدَّ مِنْهُمْ ، فَلَمْ يُنْكِرْ
عَلَيْهِمْ^(٣) . وَسَائِرُ الْمُسَابَقَةِ يُقَاسُ عَلَى هَذَا .

٢٢٢٧- مسألة : (وَلَا تَجُوزُ بِعَوْضٍ ، إِلَّا فِي الْخَيْلِ ، وَالْإِبِلِ ،
وَالسَّهَامِ) لِمَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا سَبَقَ إِلَّا فِي نَصْلٍ ، أَوْ

الإنصاف
الوارد في ذلك^(٤) . وَقَالَ الزَّرَكَشِيُّ : وَيَجُوزُ الصَّرَاعُ ، وَرَفْعُ الْحِجَارَةِ ؛ لِيُعْرَفَ
الْأَشَدُّ .

قوله : وَلَا تَجُوزُ بِعَوْضٍ ، إِلَّا فِي الْخَيْلِ ، وَالْإِبِلِ ، وَالسَّهَامِ . هَذَا الْمَذْهَبُ
بِلَارِئِبٍ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقُطِعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَذَكَرَ ابْنُ الْبَنَّا وَجْهًا ،
يَجُوزُ بِعَوْضٍ فِي الطَّيْرِ الْمُعَدَّةِ لِأَخْبَارِ الْأَعْدَاءِ . انْتَهَى . وَذَكَرَ فِي « النَّظْمِ » وَجْهًا
بَعِيدًا ، يَجُوزُ بِعَوْضٍ فِي الْفِيلَةِ . وَقَدْ صَارَعَ النَّبِيُّ ﷺ رُكَانَةَ عَلَى شَاوٍ ، فَصَّرَعَهُ ،
ثُمَّ عَادَ مِرَارًا فَصَّرَعَهُ ، فَأَسْلَمَ ، فَرَدَّ عَلَيْهِ غَنَمَهُ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ فِي « مَرَايِيلِهِ »^(٥) .
قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَهَذَا وَغَيْرُهُ مَعَ الْكُفَّارِ ، مِنْ جِنْسِ جِهَادِهِمْ ، فَهُوَ فِي مَعْنَى

(١) ذو قرد : ماء نحو يوم من المدينة ، مما يلي بلاد غطفان .
(٢) والحديث أخرجه مسلم ، في : باب غزوة ذي قرد وغيرها ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ١٤٣٩/٣ . والإمام
أحمد ، في : المسند ٥٣/٤ .

(٣) في : باب العمام على القلائس ، من أبواب اللباس . عارضة الأحوذى ٢٧٨/٧ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب في العمام ، من كتاب اللباس ، سنن أبي داود ٣٧٦/٢ .

(٤) ذكره أبو عبيد ، في : غريب الحديث ١٥/١ ، ١٦ .

(٥) يأتي في صفحة ١٠ .

(٥) في : باب في فضل الجهاد ، من كتاب الجهاد . المراسيل ١٧٥ .

خُفٌّ ، أَوْ حَافِرٍ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١) . فَالسَّبْقُ بِسُكُونِ الْبَاءِ ؛
 الْمُسَابَقَةُ ، وَالسَّبْقُ بِفَتْحِهَا ؛ الْجَعْلُ^(٢) الْمُخْرَجُ فِي الْمُسَابَقَةِ .
 وَاخْتَصَّتْ هَذِهِ الثَّلَاثَةُ بِتَجْوِيزِ الْعَوْضِ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا مِنْ آلَاتِ الْحَرْبِ
 الْمَأْمُورِ بِتَعْلِيمِهَا وَإِحْكَامِهَا وَالتَّنَوُّقِ^(٣) فِيهَا . وَفِي الْمُسَابَقَةِ بِهَا مَعَ
 الْعَوْضِ مُبَالِغَةٌ فِي الْاجْتِهَادِ فِيهَا وَالْإِحْكَامِ لَهَا ، وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِالْأَمْرِ
 بِهَا وَالتَّرْغِيبِ فِي فِعْلِهَا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ
 قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهَبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ ﴾^(٤) . وَقَالَ النَّبِيُّ
 ﷺ : « أَلَا إِنَّ الْقُوَّةَ الرَّمْيُ ، أَلَا إِنَّ الْقُوَّةَ الرَّمْيُ » . (رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٥) .

الْثَّلَاثَةُ الْمَذْكُورَةُ ، فَإِنَّ جِنْسَهَا جِهَادٌ ، وَهِيَ مَذْمُومَةٌ ، إِذَا أُرِيدَ بِهَا الْفَخْرُ وَالْخِيْلَاءُ
 وَالظُّلْمُ . وَالصَّرَاغُ ، وَالسَّبْقُ بِالْأَقْدَامِ ، وَنَحْوُهَا ، طَاعَةٌ ، إِذَا قُصِدَ بِهَا نَصْرُ
 الْإِسْلَامِ ، وَأَخْذُ الْعَوْضِ عَلَيْهِ أَخْذٌ بِالْحَقِّ ، فَالْمُغَالَبَةُ الْجَائِزَةُ تَحِلُّ بِالْعَوْضِ ، إِذَا
 كَانَتْ مِمَّا يُعِينُ عَلَى الدِّينِ ، كَمَا فِي مُرَاهَنَةِ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِيقِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

- (١) فِي : بَابِ فِي السَّبْقِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٨/٢ .
 كَمَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الرِّهَانِ وَالسَّبْقِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْجِهَادِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٩٢/٧ .
 وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ السَّبْقِ ، مِنْ كِتَابِ الْخَيْلِ . الْمُجْتَبَى ١٨٨/٦ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ السَّبْقِ وَالرِّهَانِ ،
 مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٩٦٠/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٥٦/٢ ، ٣٥٨ ، ٣٨٥ ، ٤٧٤ .
 (٢) زِيَادَةٌ مِنْ : م .
 (٣) فِي م : « التَّنَوُّقُ » . وَالتَّنَوُّقُ : الْمُبَالِغَةُ فِي الْإِجَادَةِ .
 (٤) سُورَةُ الْأَنْفَالِ ٦٠ .
 (٥ - ٥) سَقَطَ مِنْ : تَش ، ر ، م .

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ فَضْلِ الرَّمْيِ وَالْحَثِّ عَلَيْهِ ، ... ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ
 ١٥٢٢/٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّمْيِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١٣/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي :
 بَابِ سُورَةِ الْأَنْفَالِ ، مِنْ أَبْوَابِ التَّفْسِيرِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢١٤/١١ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الرَّمْيِ فِي
 سَبِيلِ اللَّهِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٩٤٠/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي فَضْلِ الرَّمْيِ ... ، مِنْ كِتَابِ
 الْجِهَادِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢٠٤/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٥٧/٤ .

وروى سعيدٌ ، في « سُنَّته »^(١) عن خالدِ بنِ زيدٍ ، قال : كُنْتُ رجلاً راميًا ، وكان عُقْبَةُ بْنُ عامِرِ الجُهَنِيِّ^(٢) يَمُرُّ فيقولُ : يا خالدُ ، اخرجْ بنا نَرْمِي . فَلَمَّا كان ذاتَ يومٍ ، أَبْطَأْتُ عنه ، فقال : هَلُمَّ أَحَدْتُكَ حَدِيثًا سَمِعْتُهُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يقولُ : « إِنَّ اللَّهَ يُدْخِلُ بِالسَّهْمِ الْوَاحِدِ ثَلَاثَةَ الْجَنَّةِ ؛ صَانِعُهُ يَحْتَسِبُ فِي صَنْعَتِهِ الْخَيْرَ ، وَالرَّامِيَ بِهِ ، وَمُنْبِلُهُ ، أَرْمُواوْا لِرَكْبُوا ، وَأَنْ تَرْمُوا أَحَبَّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ تَرْكَبُوا ، وَلَيْسَ مِنَ اللَّهِوِ إِلَّا ثَلَاثٌ ؛ تَأْدِيبُ الرَّجُلِ فَرَسَهُ ، وَمُلاعِبَتُهُ أَهْلَهُ ، وَرَمِيُهُ بِقَوْسِهِ وَنَبْلِهِ ، وَمَنْ تَرَكَ الرَّمْيَ بَعْدَ مَا عَلِمَهُ رَغْبَةً عَنْهُ ، فَإِنَّهَا [٢٥٧/٤] نِعْمَةٌ تَرَكَهَا » . رواه أبو داود^(٣) . وعن مُجاهِدٍ ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنَّ الْمَلَأِيكَةَ لَا تَحْضُرُ مِنْ لَهْوِكُمْ إِلَّا الرَّهَانُ وَالنُّضَالُ »^(٤) . قال الأزهريُّ : النُّضَالُ في الرَّمْيِ ، والرَّهَانُ في الخَيْلِ ، والسِّبَاقُ فيهما .

[١٨١/٢] واختارَ هذا كُلُّهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وذكرَ أَنَّهُ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ عِنْدَنَا ، مُعْتَمِدًا عَلَى مَا ذَكَرَهُ ابْنُ الْبَنَّا . قال في « الفروع » : وظاهرُهُ جَوَازُ الْمُرَاهَنَةِ

(١) في : باب ما جاء في الرمي وفضله ، من كتاب الجهاد . السنن ١٧١/٢ .

(٢) في الأصل : « الجهمي » . خطأ .

(٣) في : باب في الرمي ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ١٢/٢ ، ١٣ . كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في فضل الرمي في سبيل الله ، من أبواب فضائل الجهاد . عارضة الأحمدي ١٣٥/٧ ، ١٣٦ . والنسائي . في : باب ثواب من رمى بسهم ... ، من كتاب الجهاد . وفي : باب تأديب الرجل فرسه ، من كتاب الخيل . المجتبى ٢٤/٦ ، ١٨٥ . وابن ماجه ، في : باب الرمي في سبيل الله ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٤٠/٢ . والدارمي ، في : باب في فضل الرمي والأمر به ، من كتاب الجهاد . سنن الدارمي ٢٠٤/٢ ، ٢٠٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٤٤/٤ ، ١٤٦ ، ١٤٨ .

(٤) أخرجه سعيد بن منصور ، في الباب السابق . السنن ١٧٢/٢ .

الشرح الكبير

وقال مُجَاهِدٌ : أَدْرَكْتُ ^(١) ابْنَ عُمَرَ يَشْتَدُّ بَيْنَ الْهَدَفَيْنِ ، إِذَا أَصَابَ خَصْلَةً قَالَ : أَنَا بِهَا ، أَنَا بِهَا . وَعَنْ حُذَيْفَةَ مِثْلُهُ ^(٢) . فَلَا تَجُوزُ الْمُسَابَقَةُ بِعَوَضٍ إِلَّا فِي هَذِهِ الثَّلَاثَةِ . وَبِهَذَا قَالَ الزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ . وَقَالَ أَهْلُ الْعِرَاقِ : يَجُوزُ ^(٣) ذَلِكَ فِي الْمُسَابَقَةِ عَلَى الْأَقْدَامِ ، وَالْمُصَارَعَةِ ؛ لَوُرُودِ الْأَثَرِ بِهِمَا ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَابَقَ عَائِشَةَ ، وَصَارَعَ رُكَّانَةَ ^(٤) . وَلَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ وَجْهَان ، كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَلَهُمْ فِي الْمُسَابَقَةِ بِالطُّيُورِ وَالسُّفُنِ وَجْهَان ، بِنَاءً عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي الْمُسَابَقَةِ عَلَى الْأَقْدَامِ وَالْمُصَارَعَةِ . وَلَنَا ، مَا ذَكَّرْنَا مِنَ الْحَدِيثِ ، فَتَقَى السَّبْقُ فِي غَيْرِ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ نَفَى الْجُعْلِ ، أَيْ لَا يَجُوزُ الْجُعْلُ إِلَّا فِي هَذِهِ الثَّلَاثَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرَادَ بِهِ نَفَى الْمُسَابَقَةِ بِعَوَضٍ ، فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ حَمْلُ الْخَبَرِ عَلَى أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ ؛ لِلْإِجْمَاعِ عَلَى جَوَازِ الْمُسَابَقَةِ بِغَيْرِ عَوَضٍ فِي غَيْرِ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ ، وَعَلَى كُلِّ

بِعَوَضٍ ، فِي بَابِ الْعِلْمِ ، لِقِيَامِ الدِّينِ بِالْجِهَادِ وَالْعِلْمِ . وَهَذَا ظَاهِرُ اخْتِيَارِ صَاحِبِ « الْفُرُوعِ » . وَهُوَ حَسَنٌ . وَقَالَ فِي « الرُّوْضَةِ » : السَّبْقُ يَخْتَصُّ بِثَلَاثَةِ أَنْوَاعٍ ؛ الْحَافِرُ ، فَيَعُمُّ كُلَّ ذِي حَافِرٍ ، وَالْخَفُّ ، فَيَعُمُّ كُلَّ ذِي خُفٍّ ، وَالنَّصْلُ ، فَيَخْتَصُّ الثُّشَابَ وَالتَّبَلَ ، وَلَا يَصِحُّ السَّبْقُ وَالرَّمْيُ فِي غَيْرِهَا ، مَعَ الْجُعْلِ وَعَدَمِهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : كَذَا قَالَ ، وَلِتَعْمِيمِهِ وَجْهٌ ، وَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ تَعْمِيمُ النَّصْلِ . انتهى .

(١) فِي الْأَصْلِ : « إِذَا رَكِبَ » .

(٢) أَخْرَجَهُمَا سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي الْبَابِ السَّابِقِ . السَّنَنِ ١٧٢/٢ ، ١٧٣ .

(٣) فِي م : « نَحْوِ » .

(٤) تَقْدِمُ تَحْرِيجهما فِي صَفْحَةِ ٧ ، ٨ .

تقدير فالحديث حُجَّةٌ لَنَا . ولأنَّ غيرَ هذه الثلاثة لا يُحتَاجُ إليها في الجِهَادِ كالحاجةِ إلى الثلاثة ، فلم تَجُزِ المُسَابَقَةُ عليها بِعَوَضٍ ، كالرَّمْيِ بِالْحِجَارَةِ وَرَفْعِهَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَالْمُرَادُ بِالنَّصْلِ السَّهْمُ مِنَ النَّشَابِ وَالنَّبْلِ «دُونِ غَيْرِهَا» ، وبالحافِرِ الْخَيْلُ وَخَدَّهَا ، وبالحُفِّ الْإِبِلُ خَاصَّةً . وقال أصحابُ الشافعي : تَجُوزُ المُسَابَقَةُ بِكُلِّ مَا لَهُ نَصْلٌ مِنَ الْمَزَارِيقِ ، وفي الرُّمَحِ وَالسِّيفِ وَجَهَانِ ، وفي الْفِيلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ وَجَهَانِ ؛ لِأَنَّ لِلْمَزَارِيقِ وَالرُّمَاحِ وَالسُّيُوفِ نَصْلًا ، وَلِلْفِيلِ حُفًّا ، وَلِلْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ حَوَافِرَ ، فَتَدْخُلُ فِي عُمُومِ الْخَبَرِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ الْحَيَوَانَاتِ الْمُخْتَلَفِ فِيهَا لَا تَصْلُحُ لِلْكَرِّ وَالْفَرِّ ، وَلَا يُقَاتَلُ عَلَيْهَا ، وَلَا يُسَهَّمُ لَهَا ، وَالْفِيلُ لَا يُقَاتَلُ عَلَيْهِ أَهْلُ الْإِسْلَامِ ، وَالرُّمَاحُ وَالسُّيُوفُ لَا يُزْمَى بِهَا ، فَلَمْ تَجُزِ المُسَابَقَةُ عَلَيْهَا ، كَالْبَقَرِ وَالتَّرَاسِ^(٢) ، وَالْخَبَرُ لَيْسَ بِعَامٍّ فِيمَا تَجُوزُ المُسَابَقَةُ بِهِ ، لِأَنَّهُ نَكِرَةٌ فِي إِثْبَاتٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ عَامٌّ فِي نَفْيٍ مَا لَا تَجُوزُ المُسَابَقَةُ بِهِ بِعَوَضٍ ؛ لَكَوْنِهِ نَكِرَةٌ فِي سِيَاقِ النَّفْيِ ، ثُمَّ لَوْ كَانَ عَامًّا ، لَحُمِلَ عَلَى مَا عَاهَدَتْ المُسَابَقَةُ عَلَيْهِ [٢٤٨/٤] وَوَرَدَ الشَّرْعُ بِالْحَثِّ عَلَى تَعَلُّمِهِ ، وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ .

(١-١) في م : « وغيرها » .

(٢) التراس : جمع الترس .

بشروطِ خَمْسَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، تَعْيِينُ الْمَرْكُوبِ وَالرُّمَاقِ ، سِوَاءَ كَانَا
أَتْنِينَ أَوْ جَمَاعَتَيْنِ . وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الرَّاكِبَيْنِ ، وَلَا الْقَوْسَيْنِ .

٢٢٢٨ - مسألة : وَلَا تَصِحُّ إِلَّا (بِشُرُوطِ خَمْسَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، تَعْيِينُ
الْمَرْكُوبِ وَالرُّمَاقِ) لِأَنَّ الْقَصْدَ مَعْرِفَةُ جَوْهَرِ الدَّابَّتَيْنِ وَسُرْعَةُ عَدُوِّهِمَا ،
وَمَعْرِفَةُ حِذْقِ الرُّمَاقِ ، وَلَا يَحْصُلُ إِلَّا بِالتَّعْيِينِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مَعْرِفَةَ حِذْقِ
رَامٍ بَعِيْنِهِ ، لَا مَعْرِفَةَ حِذْقِ رَامٍ فِي الْجُمْلَةِ ، فَلَوْ عَقَدَ اثْنَانِ نِضَالًا عَلَى
أَنْ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثَةٌ غَيْرِ مُتَعَيِّنِينَ ، لَمْ يَجْزْ ؛ لِذَلِكَ .

٢٢٢٩ - مسألة : (وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الرَّاكِبَيْنِ وَلَا الْقَوْسَيْنِ) لَا
يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الْقَوْسِ وَلَا السَّهَامِ فِي الْمُنَاضَلَةِ ، وَلَوْ عَيَّنَهَا لَمْ تَتَّعِنْ ؛ لِأَنَّ
الْقَصْدَ مَعْرِفَةَ الْحِذْقِ ، وَهُوَ لَا يَخْتَلِفُ إِلَّا بِالرَّامِيِّ^(١) دُونَ الْقَوْسِ
وَالسَّهَامِ . وَفِي الرَّهَانِ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الْحَيَوَانِ الَّذِي يُسَابِقُ بِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .
وَلَا يُعْتَبَرُ تَعْيِينُ الرَّاكِبِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مَعْرِفَةَ عَدُوِّ الْفَرَسِ ، لَا حِذْقِ
الرَّاكِبِ . وَكُلُّ مَا يَتَّعِنْ لَا يَجُوزُ إِنْدَالُهُ ، كَالْمُتَّعِينَ فِي الْبَيْعِ . وَمَا لَا
يَتَّعِينَ يَجُوزُ إِنْدَالُهُ لِعُذْرٍ وَغَيْرِهِ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ شَرَطْنَا أَنْ لَا يَرْمِيَ بِغَيْرِ هَذَا
الْقَوْسِ ، وَلَا بِغَيْرِ هَذَا السَّهْمِ ، أَوْ لَا يَرْكَبُ غَيْرُ هَذَا الرَّاكِبِ ، فَهِيَ
شُرُوطٌ فَاسِدَةٌ ؛ لِأَنَّهَا^(٢) تُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ شَرَطَ إِصَابَةً
بِإِصَابَتَيْنِ .

فائدة : قَوْلُهُ فِي الشُّرُوطِ : أَحَدُهَا ، تَعْيِينُ الْمَرْكُوبِ - يَعْنِي ، بِالرُّؤْيَةِ - الْإِنْصَافِ

(١) فِي م : « بِالرَّمْيِ » .

(٢) فِي تَش ، م : « وَهِيَ » .

المقنع الثاني ، أن يَكُونَ المَرْكُوبَانِ وَالْقَوْسَانِ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ ، فَلَا يَجُوزُ بَيْنَ عَرَبِيٍّ وَهَجِينٍ ، وَلَا بَيْنَ قَوْسٍ عَرَبِيَّةٍ وَفَارِسِيَّةٍ . وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازُ .

فصل : وَيَجُوزُ عَقْدُ النَّضَالِ عَلَى اثْنَيْنِ ، وَعَلَى جَمَاعَةٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَرَّ عَلَى أَصْحَابٍ لَهُ يَنْتَضِلُونَ ، فَقَالَ : « ارْمُوا ، وَأَنَا مَعَ ابْنِ الْأَدْرَعِ » . فَأَمْسَكَ الْآخَرُونَ ، وَقَالُوا : كَيْفَ نَرْمِي وَأَنْتَ مَعَ ابْنِ الْأَدْرَعِ ؟ فَقَالَ : « ارْمُوا ، وَأَنَا مَعَكُمْ كُلُّكُمْ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ^(١) . وَلأنَّه إِذَا جَازَ أَنْ يَكُونَا اثْنَيْنِ ، جَازَ أَنْ يَكُونَا جَمَاعَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مَعْرِفَةَ الْحِذْقِ ، وَهُوَ يَحْصُلُ فِي الْجَمَاعَتَيْنِ . وَكَذَلِكَ فِي سَبَاقِ الْخَيْلِ ، وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَابَقَ بَيْنَ الْخَيْلِ الْمُضْمَرَةِ ، وَبَيْنَ الْخَيْلِ الَّتِي لَمْ تُضْمَرْ^(٢) .

الشرح الكبير

٢٢٣٠ - مسألة : (الثاني ، أن يَكُونَ المَرْكُوبَانِ وَالْقَوْسَانِ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ ، فَلَا يَجُوزُ بَيْنَ عَرَبِيٍّ وَهَجِينٍ ، وَلَا بَيْنَ قَوْسٍ عَرَبِيَّةٍ وَفَارِسِيَّةٍ . وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازُ) إِذَا كَانَا مِنْ جِنْسَيْنِ ، كَالْفَرَسِ وَالْبَعِيرِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الْبَعِيرَ لَا يَكَادُ يَسْبِقُ الْفَرَسَ ، فَلَا يَحْصُلُ الْعَرَضُ مِنْ هَذِهِ

والرَّمَاةُ ، سَوَاءً كَانَا اثْنَيْنِ أَوْ جَمَاعَتَيْنِ . بَلَا يُزَاعَى . لَكِنْ قَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : فِي عَدَدِ الرَّمَاةِ وَجْهَانِ .

الإنصاف

قوله : الثاني ، أن يَكُونَ المَرْكُوبَانِ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ ، فَلَا يَجُوزُ بَيْنَ عَرَبِيٍّ

(١) في : باب التحريض على الرمي ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ وَادْعُ إِلَى كِتَابِ إِبْرَاهِيمَ إِذْ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب نسبة إيمان إلى إسماعيل ... ، من كتاب المناقب . صحيح البخاري ٤/٤٥ ، ٤٦ ، ١٧٩ ، ٢١٩ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤/٥٠ .
(٢) تقدم تفريجه في صفحة ٦ .

المُسَابَقَةِ . فَإِنْ كَانَا مِنْ نَوْعَيْنِ ؛ كَالْعَرَبِيِّ وَالْهَجِينِ ، وَالْبُخْتِيِّ وَالْعِرَابِيِّ^(١) ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَهُمَا فِي الْجَرْيِ مَعْلُومٌ بِحُكْمِ الْعَادَةِ ، فَأَشْبَهَا الْجَنْسَيْنِ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، «لِأَنَّهُمَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، وَقَدْ يَسْبِقُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْآخَرَ ، وَالضَّابِطُ الْجِنْسُ ، وَقَدْ وَجِدَ ، وَيَكْفِي فِي الْمَطْنَةِ اخْتِمَالُ الْحِكْمَةِ وَلَوْ عَلَى بُعْدٍ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ لَوْ تَنَاضَلَا عَلَى أَنْ يَرْمَى أَحَدُهُمَا بِقَوْسٍ عَرَبِيَّةٍ وَالْآخَرُ بِالْفَارِسِيَّةِ ، هَلْ يَصِحُّ ؟ فِيهِ الْوَجْهَانِ ؛ يَصِحُّ عِنْدَ الْقَاضِي . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا»^(٢) .

وَهَجِينِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنُورِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازُ . وَهُوَ وَجْهٌ اخْتَارَهُ الْقَاضِي . ذَكَرَهُ فِي « الْفَائِقِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » ، « وَمَنْ تَابَعَهُ : وَيَتَخَرَّجُ الْجَوَازُ ؛ بِنَاءً عَلَى تَسَاوِيهِمَا فِي السَّهْمِ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : وَتَسَاوِيهِمَا فِي النَّجَابَةِ ، وَالْبَطَالَةِ ، وَتَكَافُؤُهُمَا .

قَوْلُهُ : وَلَا بَيْنَ قَوْسٍ عَرَبِيٍّ وَفَارِسِيٍّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ،

(١) البختي : الإبل الخراسانية . والعرابي : الخيل العربية .

(٢) (٢ - ٢) سقط من : تش ، م .

فصل : ولا بأس بالرَّمْيِ بِقَوْسٍ فَارِسِيَّةٍ ، في ظاهرِ كلامِ أحمد .
 وقد نصَّ على جَوَازِ المُسَابَقَةِ بها . وقال أبو بكر : يُكْرَهُ ؛ لَأَنَّهُ قد رُوِيَ
 عن النبي ﷺ ، أَنَّهُ رَأَى مع رجلٍ قَوْسًا فَارِسِيَّةً ، فقال : « أَلْقِهَا فَإِنَّهَا
 مَلْعُونَةٌ » ، [٢٤٨/٤ ظ] وَلَكِنْ عَلَيْكُمْ بِالْقَيْسِ الْعَرَبِيَّةِ ، وَبِرِمَاحِ الْقَنَا ، فِيهَا
 يُؤَيِّدُ اللَّهُ الدِّينَ ، وَبِهَا يُمَكِّنُ اللَّهُ لَكُمْ فِي الْأَرْضِ . « . رواه الأثرم ^(١) .
 ولنا ، انْعِقَادُ الإجماعِ على الرَّمْيِ بها وإِبَاحَةِ حَمْلِهَا ، فَإِنَّ ذلك جَارٍ في
 أَكْثَرِ الْأَعْصَارِ ، وَهِيَ الَّتِي يَحْصُلُ الْجِهَادُ بِهَا فِي عَصْرِ نَاهِذَا . وَأَمَّا الْخَبَرُ ،
 فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَعْنَهَا ؛ لِأَنَّ حَمَلَتَهَا فِي ذَلِكَ الْعَصْرِ الْعَجْمُ ، وَلَمْ يَكُونُوا أَسْلَمُوا
 بَعْدُ ، وَمَنَعَ الْعَرَبَ مِنْ حَمْلِهَا لَعَدَمِ مَعْرِفَتِهِمْ بِهَا ، وَلِهَذَا أَمَرَ بِرِمَاحِ الْقَنَا ،
 وَلَوْ حَمَلَ إِنْسَانٌ رُمْحًا غَيْرَهَا لَمْ يَكُنْ مَذْمُومًا . وَحَكَى أَحْمَدُ ، أَنَّ قَوْمًا
 اسْتَدَلُّوا عَلَى الْقَيْسِ الْفَارِسِيَّةِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَاعْدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ
 قُوَّةٍ ﴾ ^(٢) . لَدُخُولِهِ فِي عُمُومِ الْآيَةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

و « الْمُتَوَرِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْحَاوِي »
 الصَّغِيرِ » ، وَ « الزَّرَكَشِيِّ » . وَقَالَ : هَذَا الْمَذْهَبُ .
 وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازُ . وَهُوَ وَجْهٌ اخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُغْنَى » ،
 وَ « الْبُلْعَةِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » .

(١) وَأَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَه ، فِي : بَابِ فِي السِّلَاحِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . بِسَنَنِ ابْنِ مَاجَه ٩٣٩/٢ .
 وَفِي الزُّوَائِدِ : فِي إِسْنَادِهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ بَشْرِ الْجَلْبَانِي ، ضَعْفُهُ يَحْسَى الْقَطَانُ وَغَيْرُهُ ، وَذَكَرَهُ ابْنُ حِبَانَ فِي الثَّقَاتِ
 لَكِنَّهُ مَا أَجَادَ فِي ذَلِكَ .

(٢) سُورَةُ الْأَنْفَالِ ٦٠ .

الثَّالِثُ ، تَحْدِيدُ الْمَسَافَةِ ، وَالْغَايَةِ ، وَمَدَى الرَّمْيِ ، بِمَا جَرَتْ
بِهِ الْعَادَةُ .

٢٢٣١ - مسألة : (الثَّالِثُ ، تَحْدِيدُ الْمَسَافَةِ ، وَالْغَايَةِ ، وَمَدَى
الرَّمْيِ ، بِمَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ) يُشْتَرَطُ فِي الْمُسَابَقَةِ بِالْحَيَوَانِ تَحْدِيدُ
الْمَسَافَةِ ، وَأَنْ يَكُونَ لَابْتِدَاءِ عَدْوِهِمَا وَآخِرِهِ غَايَةً لَا يَخْتَلِفَانِ فِيهَا ؛ لِأَنَّ
الْعَرَضَ مَعْرِفَةُ أَسْبَقِيهِمَا ، وَلَا يُعْلَمُ ذَلِكَ إِلَّا بِتَسَاوِيهِمَا فِي الْغَايَةِ ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا
قَدْ يَكُونُ مُقْصِرًا فِي أَوَّلِ عَدْوِهِ ، سَرِيعًا فِي أَنْتِهَائِهِ ، وَبِالْعَكْسِ ، فَيَحْتَاجُ
إِلَى غَايَةٍ تَجْمَعُ حَالَتَيْهِ ، وَمِنَ الْخَيْلِ مَا هُوَ أَصْبَرُ ، وَالْقَارِحُ أَصْبَرُ مِنْ غَيْرِهِ .
وَرَوَى ابْنُ عُمَرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَبَقَ بَيْنَ الْخَيْلِ ، وَفَضَّلَ الْقُرْحَ فِي الْغَايَةِ .

فائدتان ؛ إحداهما ، يَجُوزُ الرَّمْيُ بِالْقَوْسِ الْفَارِسِيَّةِ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ . نَصَّ عَلَيْهِ ،
وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَجُوزُ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » . وَقَالَ فِي
« الْفُرُوعِ » : وَكَرِهَهُ أَبُو بَكْرٍ ، كَمَا تَقَدَّمَ أَوَّلَ الْبَابِ . الثَّانِيَةُ ، إِذَا عَقَدَا التَّضَالَ ،
وَلَمْ يَذْكُرَا قَوْسًا ، صَحَّ فِي ظَاهِرِ كَلَامِ الْقَاضِي ، وَيَسْتَوِيَانِ فِي الْعَرَبِيَّةِ أَوْ غَيْرِهَا .
وَقَالَ غَيْرُهُ : لَا يَصِحُّ حَتَّى يَذْكُرَا نَوْعَ الْقَوْسِ الَّذِي يَرْمِيَانِ عَنْهُ فِي الْإِبْتِدَاءِ .

قوله : وَمَدَى الرَّمْيِ بِمَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ : وَيُعْرَفُ ذَلِكَ
إِمَّا بِالْمُشَاهَدَةِ ، أَوْ بِالذَّرَاعِ ؛ نَحْوَ مِائَةِ ذِرَاعٍ ، أَوْ مِائَتَيْنِ ذِرَاعٍ . وَمَا لَمْ تَجْرُ
بِهِ الْعَادَةُ ، وَهُوَ مَازَادَ عَلَى ثَلَاثِمِائَةِ ذِرَاعٍ ، فَلَا يَصِحُّ . وَقَدْ قِيلَ : إِنَّهُ مَرَمَى فِي
أَرْبَعِمِائَةِ ذِرَاعٍ ، إِلَّا عُقْبَةُ بَنِي عَامِرٍ الْجُهَنِيِّ .

فائدة : لَا يَصِحُّ تَنَاضُلُهُمَا عَلَى أَنَّ السَّبْقَ لِأَحَدِهِمَا رَمِيًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ

المقنع الرابع ، كَوْنُ الْعَوَضِ مَعْلُومًا .

الشرح الكبير

رواه أبو داود^(١) . فَإِنْ اسْتَبَقَا بغيرِ غَايَةٍ لِيَنْظُرَ أَيُّهُمَا يَقِفُ أَوَّلًا ، لَمْ يَجْزِ ؛ لَأَنَّهُ يُؤَدَّى إِلَى أَنْ لَا يَقِفَ أَحَدُهُمَا حَتَّى تَنْقَطِعَ فَرَسُهُ ، وَيَتَعَذَّرَ الْإِشْهَادُ عَلَى السَّبْقِ فِيهِ . وَلِذَلِكَ^(٢) يُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ مَدَى الرَّمْيِ ؛ إِمَّا بِالْمُشَاهَدَةِ ، أَوْ بِالذَّرْعَانِ ، نَحْوَ مَائَةِ ذِرَاعٍ ، أَوْ مَائَتَيْ ذِرَاعٍ ؛ لِأَنَّ الْإِصَابَةَ^(٣) تَخْتَلِفُ بِالْقُرْبِ وَالْبُعْدِ . وَيَجُوزُ مَا يَتَّفِقَانِ [٢٤٩/٤] عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ مَسَافَةً بَعِيدَةً تَتَعَذَّرُ الْإِصَابَةُ فِي مِثْلِهَا غَالِبًا ، وَهُوَ مَا زَادَ عَلَى ثَلَاثِمِائَةِ ذِرَاعٍ ، فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضُ يَقُوتُ بِذَلِكَ ، وَقَدْ قِيلَ : إِنَّهُ مَا رَمَى فِي أَرْبَعِمِائَةِ ذِرَاعٍ إِلَّا عُقْبَةُ بْنُ عَامِرٍ الْجُهَنِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

٢٢٣٢ - مسألة : (الرابع ، كَوْنُ الْعَوَضِ مَعْلُومًا) لَأَنَّهُ مَالٌ فِي عَقْدٍ^(٤) ، فَوَجَبَ الْعِلْمُ بِهِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ ؛ إِمَّا بِالْمُشَاهَدَةِ ، أَوْ بِالْقَدْرِ ، أَوْ بِالصِّفَةِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ . وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ حَالًا

الإنصاف

المذهب . زَادَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، مِنْ غَيْرِ تَقْدِيرٍ . وَقِيلَ : يَصِحُّ . اخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . قَالَ فِي « الْفَاتِحِ » ، وَهُوَ الْمَعْمُولُ بِهِ عِنْدَ الرُّمَّةِ الْآنَ فِي أَمَاكِنَ كَثِيرَةٍ . قَوْلُهُ : الثَّانِي ، أَنَّ يَكُونَ الْعَوَضُ مَعْلُومًا مَبَاحًا . بَلَا نِزَاعٍ . لَكِنَّهُ تَمْلِيكَ بِشَرْطِ سَبْقِهِ ؛ فَلِهَذَا قَالَ فِي « الْإِنْصَارِ » ، فِي شَرْكَةِ الْعِنَانِ : الْقِيَاسُ لَا يَصِحُّ .

(١) في : باب في السبق ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٢٨/٢ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٥٧/٢ .

(٢) في ق : « وكذلك » .

(٣) بعده في م : « به » .

(٤) في الأصل : « عوض » .

الخَامِسُ ، الْخُرُوجُ عَنْ شِبْهِ الْقِمَارِ ، بِأَنْ لَا يُخْرَجَ جَمِيعُهُمْ ، ^{المقنع} فَإِنْ كَانَ الْجُعْلُ مِنَ الْإِمَامِ ، أَوْ أَحَدٍ غَيْرِهِمَا ، أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا عَلَى أَنْ مِّنْ سَبَقٍ أَخَذَهُ ، جَازَ .

وَمَوْجَلًا ، وَبَعْضُهُ حَالًا وَبَعْضُهُ مُوَجَّلًا ، فُلُو قَالَ : إِنْ فَضَّلْتَنِي ^(١) فَلَكَ دِينَارٌ حَالٌ وَقَفِيزٌ حِنْطَةٌ بَعْدَ شَهْرٍ . جَازَ ؛ لِأَنَّ مَا جَازَ أَنْ يَكُونَ حَالًا وَمَوْجَلًا ، جَازَ أَنْ يَكُونَ بَعْضُهُ حَالًا وَبَعْضُهُ مُوَجَّلًا ، كَالْبَيْعِ ، غَيْرَ أَنَّهُ يُحْتَاجُ إِلَى صِفَةِ الْحِنْطَةِ بِمَا تُعَلَّمُ بِهِ ، كَالسَّلَمِ .

٢٢٣٣ - مَسْأَلَةٌ ^(٢) : الشَّرْطُ (الْخَامِسُ ، الْخُرُوجُ عَنْ شِبْهِ الْقِمَارِ ، بِأَنْ لَا يُخْرَجَ جَمِيعُهُمْ) مَتَى اسْتَبَقَ اثْنَانِ وَالْجُعْلُ مِنْهُمَا ، فَأُخْرَجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(٣) ، لَمْ يَجْزُ ، وَكَانَ قِمَارًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَغْنَمَ أَوْ يَغْرَمَ ، وَهَذَا قِمَارٌ .

٢٢٣٤ - مَسْأَلَةٌ : (فَإِنْ كَانَ الْجُعْلُ مِنَ الْإِمَامِ ، أَوْ أَحَدٍ غَيْرِهِمَا ، أَوْ أَحَدِهِمَا عَلَى أَنْ مِّنْ سَبَقٍ أَخَذَهُ ، جَازَ) وَجْهُهُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمُسَابَقَةَ إِذَا كَانَتْ بَيْنَ اثْنَيْنِ أَوْ حَزْبَيْنِ ، لَمْ يَخْلُ ؛ إِمَّا أَنْ تَكُونَ مِنْهُمَا ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا ، فَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِهِمَا ، أَوْ كَانَ مِنَ الْإِمَامِ ، جَازَ ، سَوَاءً كَانَ مِنْ مَالِهِ ، أَوْ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ مَصْلَحَةً وَحَثًّا عَلَى تَعَلُّمِ الْجِهَادِ ، وَنَفْعًا

الإنصاف

(١) فِي ق : « نَضَلْتَنِي » .

(٢) سَقَطَ مِنَ الْأَصْلِ ، ر ، ق ، تَش .

(٣) فِي ق : « بَيْنَهُمَا » .

فَإِنْ جَاءَا مَعًا فَلَا شَيْءَ لَهُمَا ، فَإِنْ سَبَقَ [١٣٤ د] الْمُخْرَجُ ، أُخْرَزَ سَبْقُهُ ، وَلَمْ يَأْخُذْ مِنَ الْآخِرِ شَيْئًا ، وَإِنْ سَبَقَ الْآخَرُ ، أُخْرَزَ سَبَقُ صَاحِبِهِ .

للمسلمين . وإن كان غير الإمام ، فله بذل العوض من ماله . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال مالك : لا يجوز ؛ لأن هذا مما يحتاج إليه للجهاد ، فاختص به الإمام ، كتولية الولايات وتأمير الأمراء . ولنا ، أنه بذل للماله فيما فيه مصلحة وقربة ، فجاز ، كما لو اشترى به خيلاً أو سلاحاً . فأما إن كان منهما ^(١) ، اشترط كون الجعل من أحدهما ، فيقول : إن سبقتني فلک عشرة ، وإن سبقتك فلا شيء عليك . فهو جائز . وحكى عن مالك ، أنه لا يجوز ؛ لأنه قمار . ولنا ، أن أحدهما يختص بالسبق ، فجاز ، كما لو أخرجه الإمام . ولا يصح ما ذكره ؛ لأن القمار لا يخلو كل واحد منهما من أن يغنم أو يغرّم ، وههنا لا خطر على أحدهما ، فلا يكون قماراً .

٢٢٣٥ - مسألة : (فإن جاءا معاً ، فلا شيء لهما) لأنه لا سابق فيها (وإن سبق المخرج ، أخرز سبقه) ولا شيء له على صاحبه ؛ لأنه لو أخذ منه شيئاً ، كان قماراً (وإن سبق [٢٤٩/٤ ط] الآخر ، أخرز سبق المخرج فملكه ، وكان كسائر أمواله ؛ لأنه عوض في الجمالة ، فملك

(١) في الأصل : « من أحد » .

فَإِنْ أَخْرَجَا مَعًا ، لَمْ يَجْزُ ، إِلَّا أَنْ يُدْخِلَا بَيْنَهُمَا مُحَلَّلًا يُكَافِي فَرَسَهُ ^{المقنع} فَرَسَيْهِمَا ، أَوْ بَعِيرَهُ بَعِيرَيْهِمَا ، أَوْ رَمِيَهُ رَمِيَّيْهِمَا ، فَإِنْ سَبَقَهُمَا أَحَرَزَ سَبَقَيْهِمَا ، وَإِنْ سَبَقَاهُ أَحَرَزَا سَبَقَيْهِمَا ، وَلَمْ يَأْخُذَا مِنْهُ شَيْئًا ، وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا أَحَرَزَ السَّبَقَيْنِ ، وَإِنْ سَبَقَ مَعَهُ الْمُحَلَّلُ ، فَسَبَقَ الْآخَرُ بَيْنَهُمَا .

فيها ، كَالْعَوْضِ الْمَجْعُولِ ^(١) فِي رَدِّ الضَّالَّةِ . فَإِنْ كَانَ الْعَوْضُ فِي الذِّمَّةِ ، الشرح الكبير
فَهُوَ دَيْنٌ يَقْضَى بِهِ عَلَيْهِ ، وَيُجْبَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَإِنْ أَفْلَسَ ، ضَرَبَ بِهِ مَعَ الْغُرَمَاءِ .

٢٢٣٦ - مسألة : (وَإِنْ أَخْرَجَا مَعًا ، لَمْ يَجْزُ ، إِلَّا أَنْ يُدْخِلَا بَيْنَهُمَا مُحَلَّلًا يُكَافِي فَرَسَهُ فَرَسَيْهِمَا ، أَوْ بَعِيرَهُ بَعِيرَيْهِمَا ، أَوْ رَمِيَهُ رَمِيَّيْهِمَا ، فَإِنْ سَبَقَهُمَا أَحَرَزَ سَبَقَيْهِمَا ، وَإِنْ سَبَقَاهُ أَحَرَزَا سَبَقَيْهِمَا ، وَلَمْ يَأْخُذَا مِنْهُ شَيْئًا ، وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا أَحَرَزَ السَّبَقَيْنِ ، وَإِنْ سَبَقَ مَعَهُ الْمُحَلَّلُ ، فَسَبَقَ الْآخَرُ بَيْنَهُمَا) السَّبَقُ ، بَفَتْحِ الْبَاءِ : الْجَعْلُ الَّذِي يُسَابِقُ عَلَيْهِ ، وَيُسَمَّى الْخَطَرُ وَالتَّدَبُّ ، وَالْقَرَعُ ، وَالرَّهْنُ . وَيَقَالُ : سَبَقَ . إِذَا أَخَذَ ، وَإِذَا أُعْطِيَ . وَهُوَ مِنَ الْأَضْدَادِ . مَتَى اسْتَبَقَ اثْنَانِ ، فَأَخْرَجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَمْ يَجْزُ ، وَكَانَ

قوله : فَإِنْ أَخْرَجَا مَعًا ، لَمْ يَجْزُ ، إِلَّا أَنْ يُدْخِلَا بَيْنَهُمَا مُحَلَّلًا . هذا المذهب ، الإينصاف
وعليه الأصحاب . وقال الشيخ تقي الدين : يجوزُ مِنْ غَيْرِ مُحَلَّلٍ . قال : وَعَدَمُ الْمُحَلَّلِ أَوْلَى وَأَقْرَبُ إِلَى الْعَدْلِ مِنْ كَوْنِ السَّبَقِ مِنْ أَحَدِهِمَا ، وَأَبْلَغُ فِي تَحْصِيلِ

(١) في ر : « للمجهول » ، في م : « المجهول » .

قِمَارًا^(١) ؛ لَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَغْتَمَ أَوْ يَغْرَمَ . وَسَوَاءٌ كَانَ مَا أَخْرَجَاهُ مُتَسَاوِيًا ، أَوْ مُتَفَاوِتًا^(٢) ، مِثْلَ أَنْ أَخْرَجَ أَحَدُهُمَا عَشْرَةً وَالْآخَرُ خَمْسَةً . وَلَوْ قَالَ : إِنْ سَبَقْتَنِي فَلَكَ عَلَيَّ^(٣) عَشْرَةٌ ، وَإِنْ سَبَقْتُكَ فَلِي عَلَيْكَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ . أَوْ قَالَ : إِنْ سَبَقْتَنِي فَلَكَ عَلَيَّ عَشْرَةٌ ، وَلِي عَلَيْكَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ . لَمْ يَجْزُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . فَإِنْ أَدْخَلَا بَيْنَهُمَا مُحَلَّلًا ، وَهُوَ ثَالِثٌ لَمْ يُخْرِجْ شَيْئًا ، جَازٍ . وَبِهَذَا قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَحَكَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ قَالَ فِي الْمُحَلَّلِ : لَا أَجِبُهُ . وَعَنْ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، أَنَّهُ قِيلَ لَهُ : إِنْ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَانُوا لَا يَرَوْنَ بِالْدَّخِيلِ بَأْسًا . قَالَ : هُمْ أَعْفُ مِنْ ذَلِكَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ ، وَهُوَ لَا يُؤْمِنُ أَنْ يَسْبِقَ ، فَلَيْسَ بِقِمَارٍ ، وَمَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ

مَقْصُودٍ كُلِّ مِنْهُمَا ، وَهُوَ بَيَانُ عَجْزِ الْآخَرِ ، وَأَنَّ الْمَيْسِرَ وَالْقِمَارَ مِنْهُ لَمْ يَحْرُمَ لِمُجَرَّدِ الْمُخَاطَرَةِ ؛ بَلْ لَأَنَّهُ أَكَلٌ لِلْمَالِ بِالْبَاطِلِ ، أَوْ لِلْمُخَاطَرَةِ الْمُتَضَمِّنَةِ لَهُ . انْتَهَى . وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ « الْفَاتِي » .

الإيناف

قوله : يُكَافِي فَرَسَهُ فَرَسَيْهِمَا ، أَوْ بَعِيرُهُ بَعِيرَيْهِمَا ، أَوْ رَمِيَهُ رَمِيَّيْهِمَا ، فَإِنْ سَبَقَهُمَا أَخْرَزَ سَبَقَيْهِمَا ، وَإِنْ سَبَقَاهُ أَخْرَزَا سَبَقَيْهِمَا ، وَلَمْ يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا ، وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا ، أَخْرَزَ السَّبَقَيْنِ ، وَإِنْ سَبَقَ مَعَهُ الْمُحَلَّلُ ، فَسَبَقَ الْآخَرَ بَيْنَهُمَا . بَلَاغُ زَاغٍ فِي ذَلِكَ

(١) فِي حَاشِيَةِ تَش : « حَكَاهُ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ إِجْمَاعًا » .

(٢) فِي تَش : « مُتَقَارِبًا » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، تَش .

فَرَسَيْنِ ، وَقَدْ أَمِنَ أَنْ يَسْبِقَ ، فَهُوَ قِمَارٌ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١) . فَجَعَلَهُ
 قِمَارًا إِذَا أَمِنَ أَنْ يَسْبِقَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ أَنْ يَغْنَمَ أَوْ يَغْرَمَ ،
 وَإِذَا لَمْ يُؤْمَرْ أَنْ يَسْبِقَ ، لَمْ يَكُنْ قِمَارًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَجُوزُ أَنْ
 يَخْلُو عَنْ ذَلِكَ . وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فَرَسُ الْمُحَلَّلِ مُكَافِئًا لِفَرَسَيْهِمَا ، أَوْ
 بَعِيرُهُ لِبَعِيرَيْهِمَا ، أَوْ رَمِيَهُ لِرَمِيَّيْهِمَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُكَافِئًا ، مِثْلَ أَنْ تَكُونَ
 فَرَسَاهُمَا أَجْوَدَ مِنْ فَرَسِهِ ، فَيَكُونَا جَوَادَيْنِ وَهُوَ بَطِيءٌ ، فَهُوَ قِمَارٌ ؛ لِلخَبَرِ ،
 وَلِأَنَّهُ مَا مُنَّ سَبْقُهُ ، فَوْجُودُهُ كَعَدَمِهِ . وَإِنْ كَانَ مُكَافِئًا ، جَاز . فَإِنْ جَاءُوا
 الْغَايَةَ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، أُحْزِرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا [٢٥٠/٤] سَبَقَ نَفْسِهِ ، وَلَا
 شَيْءَ لِلْمُحَلَّلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا سَابِقَ فِيهِمْ ، وَكَذَلِكَ إِنْ سَبَقَا الْمُحَلَّلَ . وَإِنْ سَبَقَ

الإنصاف

كله .

تَنْبِيهِ : ظَاهِرُ قَوْلِهِ : إِلَّا أَنْ يُدْخِلَا بَيْنَهُمَا مُحَلَّلًا . الْاِكْتِفَاءُ بِالْمُحَلَّلِ الْوَاحِدِ ،
 وَلَا يَكُونُ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدٍ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ
 الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . قَالَ الْأَمْدِيُّ : لَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدٍ ؛ لِدَفْعِ
 الْحَاجَةِ بِهِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : وَقِيلَ : يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
 « الْكَافِي » .

(١) فِي : بَابِ فِي الْمُحَلَّلِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٨/٢ ، ٢٩ .
 كَمَا أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ السَّبْقِ وَالرَّهَانِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٩٦٠/٢ . وَالْإِمَامُ
 أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٥٠٥/٢ .
 قَالَ أَبُو حَاتِمٍ : أَحْسَنُ أَحْوَالِهِ أَنْ يَكُونَ مَوْقُوفًا عَلَى سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ . انْظُرْ تَلْخِيصَ الْخَبَرِ ١٦٣/٤ .
 وَذَكَرَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ بِمَعْنَاهُ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْخَيْلِ وَالْمَسَابِقَةِ بَيْنَهَا ... ،
 مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . الْمَوْطَأُ ٤٦٨/٢ .

وإن قال المخرج : مَنْ سَبَقَ ، فَلَهُ عَشْرَةٌ ، وَمَنْ صَلَّى فَلَهُ كَذَلِكَ .
لَمْ يَصِحَّ إِذَا كَانَا اثْنَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : وَمَنْ صَلَّى فَلَهُ خَمْسَةٌ . صَحَّ .

المُحَلَّلُ ، أحرَزَ السَّبَقَيْنِ بالاتِّفَاقِ ، وإن سَبَقَ أَحَدُ الْمُسْتَبَقَيْنِ وَحْدَهُ ،
أحرَزَ سَبَقَ نَفْسِهِ ، وَأَخَذَ سَبَقَ صَاحِبِهِ ، وَلَمْ يَأْخُذْ مِنَ الْمُحَلَّلِ شَيْئًا ،
وإن سَبَقَ أَحَدُ الْمُسْتَبَقَيْنِ وَالْمُحَلَّلُ ، أحرَزَ السَّابِقُ مَالَ نَفْسِهِ ، وَيَكُونُ
سَبَقُ الْمَسْبُوقِ بَيْنَ السَّابِقِ وَالْمُحَلَّلِ نِصْفَيْنِ . وَسَوَاءٌ كَانَ الْمُسْتَبَقُونَ
اثْنَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ ، حَتَّى لَوْ كَانُوا مِائَةً وَبَيْنَهُمْ مُحَلَّلٌ لَا سَبَقَ مِنْهُ ، جَاز .
وَكَذَلِكَ ^(١) لَوْ كَانَ الْمُحَلَّلُ جَمَاعَةً ، جَاز ؛ لِأَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْاِثْنَيْنِ
وَالْجَمَاعَةِ . وَهَذَا كُلُّهُ ^(٢) مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

٢٢٣٧ - مسألة : (وإن قال المخرج : مَنْ سَبَقَ فَلَهُ عَشْرَةٌ ، وَمَنْ
صَلَّى فَلَهُ ذَلِكَ . لَمْ يَجُزْ إِذَا كَانَا اثْنَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : مَنْ صَلَّى فَلَهُ خَمْسَةٌ .
جَاز) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْمُخْرَجُ غَيْرَ الْمُتَسَابِقَيْنِ ، فَقَالَ لِهَمَا أَوْ
لِجَمَاعَةٍ : أَيُّكُمْ سَبَقَ فَلَهُ عَشْرَةٌ . جَاز ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ يَطْلُبُ أَنْ
يَكُونَ سَابِقًا ، فَأَيُّهُمْ سَبَقَ اسْتَحَقَّ الْعَشْرَةَ ، فَإِنْ جَاءُوا جَمِيعًا ، فَلَا شَيْءَ
لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا سَابِقَ فِيهِمْ . وَإِنْ قَالَ لاثْنَيْنِ : أَيُّكُمَا سَبَقَ فَلَهُ عَشْرَةٌ ،
وَأَيُّكُمَا صَلَّى فَلَهُ ذَلِكَ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي طَلَبِ السَّبَقِ ، فَلَا
يَخْرُصُ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ : وَمَنْ صَلَّى فَلَهُ خَمْسَةٌ . صَحَّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ

(١) في م : « ولذلك » .

(٢) سقط من : تش ، م .

الشرح الكبير

منهما يَطْلُبُ السَّبْقَ لِفَائِدَتِهِ فِيهِ بَرِيَادَةُ الْجُعْلِ . وَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ اثْنَيْنِ ،
فَقَالَ : مَنْ سَبَقَ فَلَهُ عَشْرَةٌ ، وَمَنْ صَلَّى فَلَهُ ذَلِكَ . صَحَّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ
مِنْهُمْ يَطْلُبُ أَنْ يَكُونَ سَابِقًا أَوْ مُصَلِّيًّا . وَالْمُصَلِّيُّ هُوَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ رَأْسَهُ
عِنْدَ صَلَاةِ الْآخِرِ ، وَالصَّلَوَانِ ؛ هُمَا الْعَظْمَانِ النَّاتِمَانِ مِنْ جَانِبَيْ الذَّنْبِ .
وَفِي الْأَثَرِ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : سَبَقَ أَبُو بَكْرٍ ، وَصَلَّى عُمَرُ ،
وَحَبِطَتْنَا فِتْنَةٌ ^(١) . قَالَ الشَّاعِرُ ^(٢) :

إِنْ تُبْتَدِرَ غَايَةً يَوْمًا لِمَكْرُمَةٍ تَلْقَ السَّوَابِقَ مِنَّا ^(٣) وَالْمُصَلِّينَا

فَإِنْ قَالَ : لِلْمُجَلِّي ، وَهُوَ الْأَوَّلُ مَائَةً ، وَلِلْمُصَلِّي ، وَهُوَ الثَّانِي ،
تَسْعُونَ ، وَلِلثَّالِي ، وَهُوَ الثَّلَاثُ ، ثَمَانُونَ ، وَلِلنَّازِعِ ، وَهُوَ الرَّابِعُ ،
سَبْعُونَ ، وَلِلْمُرْتَاحِ ، وَهُوَ الْخَامِسُ ، سِتُونَ ، وَلِلْحَظِي ، وَهُوَ
السَّادِسُ ، خَمْسُونَ ، وَلِلْعَاطِفِ ، وَهُوَ السَّابِعُ ، أَرْبَعُونَ ، وَلِلْمُؤْمِلِ ،
وَهُوَ الثَّامِنُ ، ثَلَاثُونَ ، وَلِلطَّيْمِ ، وَهُوَ التَّاسِعُ ، عِشْرُونَ ، وَلِلسَّكِيْتِ ،
وَهُوَ الْعَاشِرُ ، عَشْرَةٌ ، وَلِلْفُسْكَالِ ، وَهُوَ الْآخِرُ ، خَمْسَةٌ . صَحَّ ؛ لِأَنَّ
كُلَّ وَاحِدٍ يَطْلُبُ السَّبْقَ ، فَإِذَا فَاتَهُ طَلَبَ مَا يَلِي السَّابِقَ . وَالْفُسْكَالُ اسْمٌ
لِلْآخِرِ ، ثُمَّ اسْتُعْمِلَ هَذَا فِي غَيْرِ [٢٥٠/٤ ظ] الْمُسَابَقَةِ بِالْخَيْلِ تَجَوُّزًا ، كَمَا
رَوَى أَنَّ أَسْمَاءَ بِنْتَ عُمَيْسٍ كَانَتْ تَزَوَّجَتْ جَعْفَرَ بْنَ أَبِي طَالِبٍ ، فَوَلَدَتْ
لَهُ عَبْدَ اللَّهِ وَمُحَمَّدًا وَعَوْنًا ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ ، فَوَلَدَتْ لَهُ مُحَمَّدًا

الإنصاف

(١) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٢٤/١ ، ١٣٢ ، ١٤٧ . وإسناده حسن .

(٢) البيت لبشامة بن الغدير . الحماسة ٧٨/١ .

(٣) في الأصل ، تش ، م : « فينا » .

ابن أبي بكر ، ثم تزوجها علي بن أبي طالب ، فقالت له : إن ثلاثة أنت آخرهم لأخيار . فقال لولدها : فسككتني أمكم ^(١) . وإن جعل للمُصلّي أكثر من السابق ، أو جعل للتالي أكثر من المُصلّي ، أو لم يجعل للمُصلّي شيئاً ، لم يجز ؛ لأن ذلك يُفضي إلى أن لا يقصد السبق بل يقصد التأخر ، فيفوت المقصود .

فصل : وإذا قال لعشرة : من سبق منكم فله عشرة . صح . فإن جاءوا معاً فلا شيء لهم ؛ لأنه لم يوجد الشرط الذي يستحق به الجعل في واحدٍ منهم . وإن سبقهم واحد ، فله عشرة ؛ لوجود الشرط فيه . وإن سبق اثنان ، فلهما عشرة . وإن سبق تسعة وتأخر واحد ، فالعشرة للتسعة ؛ لأن الشرط وجد فيهم ، فكان الجعل بينهم ، كما لو قال : من ردّ عبدي الآبق فله كذا . فردّه تسعة . ويحتمل أن يكون لكل واحدٍ من السابقين عشرة ؛ لأن كل واحدٍ منهم سابق ، فيستحق الجعل بكماله ، كما لو قال : من ردّ عبداً لي فله عشرة . فردّ كل واحدٍ عبداً . وفارق ما لو قال : من ردّ عبدي . فردّه تسعة ؛ لأن كل واحدٍ منهم لم يرده ، إنما رده حصل من الكل . ويصير هذا كما لو قال : من قتل قتيلاً فله سلبه . فإن قتل كل واحدٍ واحداً ، فلكل واحدٍ سلب قتيله كاملاً . وإن قتل الجماعة واحداً ، فلجميعهم سلب واحد . وههنا كل واحدٍ له سبق مفرد ، فكان له الجعل كاملاً . فعلى هذا ، لو قال : من سبق فله عشرة ، ومن صلى فله خمسة .

وَأَنْ شَرَطًا أَنَّ السَّابِقَ يُطْعَمُ السَّبِقَ أَصْحَابُهُ أَوْ غَيْرَهُمْ ، لَمْ يَصِحَّ
الشَّرْطُ ، وَفِي صِحَّةِ الْمُسَابَقَةِ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير فسَبَقَ خَمْسَةً ، وَصَلَّى خَمْسَةً ، فَعَلِيَ الْوَجْهَ الْأَوَّلَ ، لِلْسَّابِقِينَ عَشْرَةً ،
لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ دِرْهَمَانِ ، وَلِلْمُصَلِّينَ خَمْسَةً ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ دِرْهَمٌ .
وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ السَّابِقِينَ عَشْرَةً ، فَيَكُونُ لَهُمْ
خَمْسُونَ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُصَلِّينَ خَمْسَةً ، فَيَكُونُ لَهُمْ خَمْسَةٌ
وَعِشْرُونَ . وَمَنْ قَالَ بِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، اخْتَمَلَ عَلَى قَوْلِهِ أَنْ لَا يَصِحَّ الْعَقْدُ
عَلَى هَذَا الْوَجْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَسْبِقَ تِسْعَةً ، فَيَكُونُ لَهُمْ عَشْرَةٌ ، لِكُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمْ دِرْهَمٌ وَتِسْعٌ ، وَيُصَلِّي وَاحِدٌ ، فَيَكُونُ لَهُ خَمْسَةٌ ، فَيَكُونُ
لِلْمُصَلِّي مِنَ الْجَعْلِ أَكْثَرُ مِمَّا لِلْسَّابِقِ ، فَيَفُوتُ الْمَقْصُودُ .

٢٢٣٨ - مسألة : (وَأَنْ شَرَطًا أَنَّ السَّابِقَ يُطْعَمُ السَّبِقَ أَصْحَابُهُ أَوْ
غَيْرَهُمْ ، لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ . وَفِي صِحَّةِ الْمُسَابَقَةِ وَجْهَانِ) لِأَنَّهُ عَوَضٌ عَلَى
عَمَلٍ ، فَلَا يَسْتَحِقُّهُ غَيْرُ الْعَامِلِ ، كَالْعَوَضِ [٢٥١/٤] فِي رَدِّ الْآبِقِ .
وَلَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَفْسُدُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ

الإنصاف قوله : وَأَنْ شَرَطًا أَنَّ السَّابِقَ يُطْعَمُ السَّبِقَ أَصْحَابُهُ ، أَوْ غَيْرَهُمْ ، لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ .
هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يَصِحُّ شَرْطُ السَّبِقِ
لِلْأَسْتَاذِ ، وَلِشِرَاءِ قَوْسٍ ^(١) ، وَكِرَاءِ الْخَانُوتِ ، وَإِطْعَامِهِ لِلْجَمَاعَةِ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يُعِينُ
عَلَى الرَّمْيِ .

(١) فِي ط : « فَرَسٌ » .

عَقْدٌ لَا تَتَوَقَّفُ صِحَّتُهُ عَلَى تَسْمِيَةِ بَدَلٍ ، فَلَمْ يَفْسُدْ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ ، كَالنِّكَاحِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الشُّرُوطَ الْفَاسِدَةَ فِي الْمُسَابَقَةِ تَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا يُخِلُّ بِشَرْطِ صِحَّةِ الْعَقْدِ ، نَحْوُ أَنْ يَعُودَ إِلَى جِهَالَةِ الْعَوَضِ ، أَوْ الْمَسَافَةِ ، وَنَحْوِهَا ، فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يَصِحُّ مَعَ فَوَاتِ شَرْطِهِ . وَالثَّانِي ، مَا لَا يُخِلُّ بِشَرْطِ الْعَقْدِ ، نَحْوُ أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ يُطْعِمَ السَّبَقَ أَصْحَابَهُ أَوْ غَيْرَهُمْ ، أَوْ يَشْتَرِطَ أَنَّهُ إِذَا نَضَلَ لَا يَرْمِي أَبَدًا ، أَوْ لَا يَرْمِي شَهْرًا ، أَوْ شَرَطَا أَنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا فَسْخَ الْعَقْدِ مَتَى شَاءَ بَعْدَ الشَّرُوعِ فِي الْعَمَلِ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا ، فَهَذِهِ شُرُوطٌ بَاطِلَةٌ فِي نَفْسِهَا ، وَفِي الْعَقْدِ الْمُقْتَرَنِ بِهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، صِحَّتُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ تَمَّ بَأَرْكَانِهِ وَشُرُوطِهِ ، فَإِذَا حُذِفَ الزَّائِدُ الْفَاسِدُ بَقِيَ الْعَقْدُ صَحِيحًا . وَالثَّانِي ، يَبْطُلُ ^(١) ؛ لِأَنَّهُ بَذَلَ الْعَوَضَ لِهَذَا الْغَرَضِ ، فَإِذَا لَمْ يَحْصُلْ لَهُ غَرَضُهُ ، لَا يَلْزَمُهُ الْعَوَضُ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ فَسَدَتْ الْمُسَابَقَةُ ، فَإِنْ كَانَ السَّابِقُ الْمُخْرَجَ ، أَمْسَكَ سَبَقَهُ ، وَإِنْ كَانَ الْآخَرَ ، فَلَهُ أَجْرُ عَمَلِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَمَلَ بِعَوَضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ ، فَاسْتَحَقَّ أَجْرَ الْمِثْلِ ، كَالِإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ .

قوله : وَفِي صِحَّةِ الْمُسَابَقَةِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُشْتَوَعِبِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . صَحْحُهُ فِي « التَّضْحِيحِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَابْنُ

(١) فِي م : « لَا يَبْطُلُ » .

فَصْلٌ : وَالْمُسَابَقَةُ جَعَالَةٌ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهَا ، إِلَّا أَنْ يَظْهَرَ الْفَضْلُ لِأَحَدِهِمَا ، فَيَكُونُ لَهُ الْفَسْخُ دُونَ صَاحِبِهِ .

الشرح الكبير فصل : قال ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَالْمُسَابَقَةُ جَعَالَةٌ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهَا ، إِلَّا أَنْ يَظْهَرَ الْفَضْلُ لِأَحَدِهِمَا ، فَيَكُونُ لَهُ الْفَسْخُ دُونَ صَاحِبِهِ) ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ فِي الْآخِرِ : هُوَ لَا زِمٌ إِنْ كَانَ الْعِوَضُ مِنْهُمَا ، وَجَائِزٌ إِنْ كَانَ مِنْ أَحَدِهِمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا . وَذَكَرَهُ الْقَاضِي احْتِمَالًا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ الْعِوَضُ وَالْمُعَوَّضُ مَعْلُومَيْنِ ^(١) ، فَكَانَ لَا زِمًا ، كَالِإِجَارَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَا لَا تَتَحَقَّقُ الْقُدْرَةُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، فَكَانَ جَائِزًا ، كَرَدِّ الْآبِقِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى الْإِصَابَةِ ، وَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ قُدْرَتِهِ ، وَبِهَذَا فَارَقَ الْإِجَارَةَ . فَعَلَى هَذَا ،

عَبْدُوسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، الْإِنْصَافِ وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَغَيْرُهُمْ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَصِحُّ قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » .

قَوْلُهُ : وَالْمُسَابَقَةُ جَعَالَةٌ . هَذَا الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ [١٨١/٢ ط] وَغَيْرُهُ . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » وَغَيْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقِيلَ : هِيَ عَقْدٌ لَا زِمٌ ، لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَسْخُهَا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . فَهِيَ كَالِإِجَارَةِ ،

(١) فِي تَشْرِيحِ ر ١ ، م : « مَعْلُومًا » .

لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ الْفَسْخُ قَبْلَ الشُّرُوعِ فِي الْمُسَابَقَةِ . وَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا الزِّيَادَةَ فِيهَا أَوْ التَّقْصَانَ مِنْهَا ، لَمْ يَلْزَمْ الْآخَرُ إِجَابَتَهُ . فَأَمَّا بَعْدَ الشُّرُوعِ فِيهَا ، فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لِأَحَدِهِمَا فَضْلٌ "عَلَى الْآخَرِ" ، بِجَازِ الْفَسْخِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَإِنْ ظَهَرَ لِأَحَدِهِمَا فَضْلٌ ^(١) ، مِثْلَ أَنْ يَسْبِقَهُ بِفَرَسِهِ فِي بَعْضِ الْمَسَافَةِ ، أَوْ يُصِيبَ بِسِهَامِهِ أَكْثَرَ مِنْهُ ، فَلِلْفَاضِلِ الْفَسْخُ دُونَ الْمَفْضُولِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ جَازَ لَهُ ذَلِكَ لَفَاتْ غَرَضُ [٢٥١/٤ ظ] الْمُسَابَقَةِ ، فَلَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِذَا قُلْنَا : الْعَقْدُ جَائِزٌ . فَقِي جَوَازِ الْفَسْخِ "مِنَ الْمَفْضُولِ" وَجْهَانِ .

الشرح الكبير

لَكِنَّهَا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمَرْكُوبَيْنِ ، وَأَحَدِ الرَّاكِبَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَفِي « التَّرْغِيبِ » اِحْتِمَالُ بَعْدَمِ اللُّزُومِ فِي حَقِّ الْمُحْلَلِّ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ مَغْبُوطٌ ، كَمُرْتَنِهِ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهَا ، إِلَّا أَنْ يَظْهَرَ الْفَضْلُ لِأَحَدِهِمَا ، فَيَكُونُ لَهُ الْفَسْخُ دُونَ صَاحِبِهِ . وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ ، وَلَا يُؤْخَذُ رَهْنٌ ، وَلَا كَفِيلٌ بِعَوَضِهِمَا . وَقَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَغَيْرِهِمَا ، عَلَى هَذَا الرَّجْحِ : يَجُوزُ فَسْخُهُ ، وَالِامْتِنَاعُ مِنْهُ وَالزِّيَادَةُ فِي الْعَوَضِ . زَادَ غَيْرُهُمْ ، وَأَخَذَهُ بِهِ رَهْنًا أَوْ كَفِيلًا .

الإنصاف

وَتَنْفَسُخُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ . وَقِيلَ : هِيَ عَقْدٌ لَا زِمَ لَيْسَ
لأَحَدِهِمَا فَسْخُهَا ، لَكِنَّهَا تَنْفَسُخُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمَرْكُوبَيْنِ ، وَأَحَدِ
الرَّامِيَيْنِ ، وَلَا تَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدٍ [١٣٤ ط] الرَّائِيَيْنِ ، وَلَا تَلْفُ
أَحَدِ الْقَوْسَيْنِ ، وَيَقُومُ وَارِثُ الْمَيِّتِ مَقَامَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ
وَارِثٌ ، أَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ مِنْ تَرِكْتِهِ .

الشرح الكبير

٢٢٣٩ - مسألة : (وَتَنْفَسُخُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ) إِذَا قُلْنَا :
إِنَّهَا عَقْدٌ جَائِزٌ . قِيَاسًا عَلَى الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ مِنَ الْوَكَالَةِ ، وَالشَّرَكَةِ ،
وَالْمُضَارَبَةِ ، وَنَحْوِهَا . وَإِنْ قُلْنَا بُلُزُومِهَا ، انْفَسَخَتْ (بِمَوْتِ أَحَدِ
الْمَرْكُوبَيْنِ وَالرَّامِيَيْنِ) لِأَنَّ الْعَقْدَ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ الْمَرْكُوبِ وَالرَّامِي ، فَانْفَسَخَ
بِتَلْفِهِ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ (وَلَا تَبْطُلُ بِمَوْتِ الرَّائِيَيْنِ ،
وَلَا تَلْفُ أَحَدِ الْقَوْسَيْنِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَنْفَسَخِ الْعَقْدُ بِتَلْفِهِ ،
كَمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَبَايِعَيْنِ . فَعَلَى هَذَا (يَقُومُ وَارِثُ الْمَيِّتِ مَقَامَهُ) كَمَا لَوْ
اسْتَأْجَرَ شَيْئًا ثَمَمَاتٍ (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ ، أَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ مِنْ تَرِكْتِهِ)
كَأَلَوْ أَجَرَ نَفْسَهُ لَعَمَلٍ مَعْلُومٍ ، ثُمَّ مَاتَ .

الإنصاف

قوله ، عَلَى الْقَوْلِ بُلُزُومِهَا : لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَسْخُهَا ، لَكِنَّهَا تَنْفَسُخُ بِمَوْتِ أَحَدِ
الْمَرْكُوبَيْنِ وَأَحَدِ الرَّامِيَيْنِ ، وَلَا تَبْطُلُ بِمَوْتِ الرَّائِيَيْنِ ، وَلَا تَلْفُ أَحَدِ الْقَوْسَيْنِ .
وهذا بلا خلافٍ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ .

وقوله : وَيَقُومُ وَارِثُ الْمَيِّتِ مَقَامَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ أَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ
مِنْ تَرِكْتِهِ . هَذَا إِذَا قُلْنَا : إِنَّهَا لَازِمَةٌ . فَأَمَّا إِنْ قُلْنَا : إِنَّهَا جَائِزَةٌ . فظَاهِرُ كَلَامِ

وَالسَّبْقُ فِي الْخَيْلِ بِالرَّأْسِ ، إِذَا تَمَاتَلَّتِ الْأَعْنَاقُ ، وَفِي مُخْتَلَفِي
الْعُنُقِ وَالْإِبِلِ بِالْكَتِفِ .

المنع

٢٢٤ - مسألة : (والسَّبْقُ فِي الْخَيْلِ بِالرَّأْسِ ، إِذَا تَمَاتَلَّتِ
الْأَعْنَاقُ ، وَفِي مُخْتَلَفِي الْعُنُقِ وَالْإِبِلِ بِالْكَتِفِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ يُشْتَرَطُ
فِي الْمُسَابَقَةِ إِزْسَالُ الْفَرَسَيْنِ وَالْبَعِيرَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، فَإِنْ أُرْسِلَ أَحَدُهُمَا

الشرح الكبير

الْمُصَنِّفُ ، أَنْ وَارِثَهُ لَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، وَلَا يُقِيمُ الْحَاكِمُ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ وَهُوَ أَحَدُ
الْوَجْهَيْنِ . قُلْتُ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَهُوَ كَالصَّرِيحِ الْمَقْطُوعِ بِهِ فِي كَلَامٍ كَثِيرٍ مِنَ
الْأَصْحَابِ ؛ لِقَطْعِهِمْ بِفَسْخِهَا بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهَا عَقْدٌ جَائِزٌ ،
كَمَا قَطَعَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِيمَا تَقَدَّمَ ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِهِ فِي
« الْحَاوِي » . وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، وَارِثُهُ كَهُوَ فِي ذَلِكَ ، ثُمَّ الْحَاكِمُ . جَزَمَ بِهِ ابْنُ
عَبْدُوسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِهِ فِي « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ،
و « الْفَاتِقِ » . وَهُوَ كَالصَّرِيحِ فِي « الْبُلْغَةِ » ، وَصَرَّحَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، وَجَزَمَ
بِهِ فِيهِ . لَكِنْ جَعَلَ الْوَارِثَ بِالْخَيْرَةِ فِي ذَلِكَ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَطَعَ بِهِ فِي
« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » ،
و « الْبُلْغَةِ » : وَلَا يَجِبُ تَسْلِيمُ الْعَوْضِ فِيهِ قَبْلَ الْعَمَلِ ، وَلَوْ قُلْنَا بَلْزَوْمِهِ ، عَلَى
الْأَصَحِّ ، بِخِلَافِ الْأَجْرَةِ ، بَلْ يَبْدَأُ بِتَسْلِيمِ الْعَمَلِ قَبْلَ الْعَوْضِ .

الإيضاح

قوله : وَالسَّبْقُ فِي الْخَيْلِ بِالرَّأْسِ ، إِذَا تَمَاتَلَّتِ الْأَعْنَاقُ ، وَفِي مُخْتَلَفِي الْعُنُقِ
وَالْإِبِلِ بِالْكَتِفِ . وَكَذَا قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،
و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ
ابْنِ مُنَجَّى » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » :
وَالسَّبْقُ بِالرَّأْسِ فِي مُتَمَاثِلِ عُنُقِهِ ، وَفِي مُخْتَلَفِهِ وَإِبِلِ بَكْتِفِهِ . وَكَذَا قَالَ فِي

الشرح الكبير

قَبْلَ الْآخَرِ لِيَعْلَمَ هَلْ يُدْرِكُهُ الْآخَرُ أَوْ لَا ؟ لَمْ يَجْزُ هَذَا فِي الْمُسَابَقَةِ بِعَوَضٍ ؛
لأنه قد لا يُدْرِكُهُ مع كونه أَسْرَعَ منه ؛ لِبُعْدِ الْمَسَافَةِ بَيْنَهُمَا . وَيَكُونُ عِنْدَ
أَوَّلِ الْمَسَافَةِ مَنْ يُشَاهِدُ إِرْسَالَهُمَا وَيُرْتَبِيَهُمَا ، وَعِنْدَ الْغَايَةِ مَنْ يَضْبِطُ السَّابِقَ
مِنْهُمَا ؛ لِقَلَّ اخْتِلَافًا فِي ذَلِكَ . وَيَحْصُلُ السَّبْقُ فِي الْخَيْلِ بِالرَّأْسِ إِذَا تَمَثَّلَتِ
الْأَعْنَاقُ ، فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي طُولِ الْعُنُقِ ، أَوْ كَانَ ذَلِكَ فِي الْإِبِلِ ، اعْتُبِرَ السَّبْقُ
بِالْكَيْفِ ؛ لِأَنَّ الْإِعْتِبَارَ بِالرَّأْسِ مُتَعَذِّرٌ ، فَإِنْ طَوِيلَ الْعُنُقُ قَدْ يَسْبِقُ رَأْسُهُ ؛
لَطُولِ عُنُقِهِ ، لَا بِسُرْعَةِ عَدْوِهِ ، وَفِي الْإِبِلِ مَا يَرْفَعُ رَأْسَهُ ، وَفِيهَا مَا يَمُدُّ
عُنُقَهُ ، فَرُبَّمَا سَبَقَ رَأْسُهُ لِمَدِّ عُنُقِهِ ، لَا بِسَبْقِهِ ، فَلِذَلِكَ اعْتُبِرَ بِالْكَيْفِ .
فَإِنْ سَبَقَ رَأْسُ قَصِيرِ الْعُنُقِ ، فَهُوَ سَابِقٌ بِالضَّرُورَةِ ، وَإِنْ سَبَقَ رَأْسُ طَوِيلِ
الْعُنُقِ بِأَكْثَرٍ مِمَّا بَيْنَهُمَا فِي طُولِ الْعُنُقِ ، فَقَدْ سَبَقَ ، وَإِنْ كَانَ بِقَدْرِهِ لَمْ
يَسْبِقْ ، وَإِنْ كَانَ أَقْلَ ، فَالْآخَرُ سَابِقٌ . وَنَحْوُ هَذَا كُلُّهُ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ
الثَّوْرِيُّ : إِذَا سَبَقَ أَحَدُهُمَا بِالْأُذُنِ كَانَ سَابِقًا . وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا
قَدْ يَرْفَعُ رَأْسَهُ وَيَمُدُّ الْآخَرَ ^(١) عُنُقَهُ ، فَيَسْبِقُ بِأُذُنِهِ لَذَلِكَ ، لَا لِسَبْقِهِ . وَإِنْ
شَرَطَ السَّبْقَ بِأَقْدَامٍ مَعْلُومَةٍ ، كَثَلَاثَةٍ أَوْ أَكْثَرَ أَوْ أَقْلَ ، لَمْ يَصِحَّ . وَقَالَ
بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يَصِحُّ ، وَيَتَحَاطَّنُ [٢٥٢/٤] ذَلِكَ ، كَمَا فِي

« الْوَجِيزِ » . وَقَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » : وَالسَّبْقُ فِي الْإِبِلِ وَالْخَيْلِ بِسَبْقِ الْكَيْفِ .
وَتَبِعَهُ فِي « الْمُنَوَّرِ » . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » : وَالسَّبْقُ فِي الْخَيْلِ بِالْعُنُقِ . وَقِيلَ :
بِالرَّأْسِ . زَادَ فِي « الْكُبْرَى » ، مَعَ تَسَاوَى الْأَعْنَاقِ . ثُمَّ قَالَ فِيهِمَا : وَفِي مُخْتَلَفِي

(١) سقط من : م .

الرَّمْيَ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا يَنْضَبِطُ وَلَا يَقِفُ الْفَرَسَانِ عِنْدَ الْغَايَةِ بِحَيْثُ يُعْرَفُ مِسَاحَةُ مَا بَيْنَهُمَا . وَقَدْ رَوَى الدَّارَقُطْنِيُّ^(١) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِعَلِيٍّ : « قَدْ جَعَلْتُ لَكَ هَذِهِ السَّبْقَةَ بَيْنَ النَّاسِ » . فَخَرَجَ عَلِيٌّ ، فَدَعَا سُراقَةَ بْنَ مَالِكٍ ، فَقَالَ : يَا سُراقَةُ ، إِنِّي قَدْ جَعَلْتُ إِلَيْكَ مَا جَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ فِي عُنُقِي مِنْ هَذِهِ السَّبْقَةِ فِي عُنُقِكَ ، فَإِذَا أَتَيْتَ الْمَيْطَانَ^(٢) - قَالَ أَبُو عَبْدِ الرَّحْمَنِ : الْمَيْطَانُ مُرْسَلُهَا مِنَ الْغَايَةِ - فَصُفَّ الْخَيْلَ ، ثُمَّ نَادَى : هَلْ مِنْ مُصْلِحٍ لِلْجَاحِمِ ، أَوْ حَامِلٍ لُغْلَامٍ ، أَوْ طَارِحٍ لِحِلٍّ^(٣) . فَإِذَا لَمْ يُجِبْكَ أَحَدٌ فَكَبَّرَ ثَلَاثًا ، ثُمَّ خَلَّهَا عِنْدَ الثَّالِثَةِ ، فَيُسْعِدُ اللَّهُ بِسَبْقِهِ مَنْ شَاءَ مِنْ خَلْقِهِ . وَكَانَ عَلِيٌّ يَقْعُدُ عِنْدَ مُنْتَهَى الْغَايَةِ يَخْطُ خَطًّا ، وَيُقِيمُ رَجُلَيْنِ مُتَقَابِلَيْنِ عِنْدَ طَرَفِ الْخَطِّ ، طَرَفُهُ بَيْنَ إِبْهَامَيْ أَرْجُلِهِمَا ، وَتَمَرُّ الْخَيْلُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ ، وَيَقُولُ لهما : إِذَا خَرَجَ أَحَدُ الْفَرَاسَيْنِ عَلَى صَاحِبِهِ بِطَرَفِ أُذُنَيْهِ ، أَوْ أُذُنٍ ، أَوْ عِذَارٍ ، فَاجْعَلُوا السَّبْقَةَ لَهُ ، وَإِنْ

العُنُقُ وَالْإِبِلَ ، بِالْكَتِفِ . زَادَ فِي « الْكُبْرَى » ، أَوْ بَعْضُهُ . ثُمَّ قَالَ فِيهِمَا : وَقَلْتُ : فِي الْكُلِّ بِالْأَقْدَامِ . انْتَهَى . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَإِنْ شَرِطَ السَّبْقُ بِأَقْدَامٍ مَعْلُومَةٍ ؛ كَثَلَاثَةٍ أَوْ أَكْثَرَ أَوْ أَقَلَّ ، لَمْ يَصِحَّ .

(١) فِي : كِتَابِ السَّبْقِ بَيْنَ الْخَيْلِ . سَنَنِ الدَّارَقُطْنِيِّ ٣٠٥/٤ - ٣٠٧ .

كَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ لَا جَلْبَ وَلَا جَنْبَ فِي الرَّهَانِ ، مِنْ كِتَابِ السَّبْقِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٢/١٠ .

(٢) الْمَيْطَانُ ، بَفَتْحِ الْمِيمِ وَسُكُونِ الْيَاءِ : مِنْ جِبَالِ الْمَدِينَةِ . مَعْجَمُ الْبُلْدَانِ ٧١٦/٤ .

(٣) الْجِلُّ : مَا تَلْبَسُهُ الدَّابَّةُ لِتَصَانَ بِهِ .

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْنُبَ أَحَدُهُمَا مَعَ فَرَسِهِ فَرَسًا يُحَرِّضُهُ عَلَى الْعَدُوِّ ،
وَلَا يَصِيحُ بِهِ وَقْتُ سَبَاقِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا جَلَبَ وَلَا
جَنْبَ » .

الشرح الكبير

شَكَّكْتُمَا ، فَاجْعَلُوا سَبَقَهُمَا نِصْفَيْنِ . وهذا الأدب الذي ذَكَرَهُ فِي هَذَا
الْحَدِيثِ ، فِي ابْتِدَاءِ الْإِرْسَالِ وَانْتِهَاءِ الْغَايَةِ ، مِنْ أَحْسَنِ مَا قِيلَ فِي هَذَا ،
مَعَ كَوْنِهِ مَرْوِيًّا عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي قَضِيَّةٍ أَمَرَهُ بِهَا
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، وَفَوَّضَهَا إِلَيْهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ تُتَّبَعَ ، وَيُعْمَلَ بِهَا .

٢٢٤١ - مسألة : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْنُبَ أَحَدُهُمَا مَعَ فَرَسِهِ فَرَسًا ،
يُحَرِّضُهُ عَلَى الْعَدُوِّ ، وَلَا يَصِيحُ بِهِ فِي وَقْتِ سَبَاقِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :
« لَا جَلَبَ وَلَا جَنْبَ ») رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١) . مَعْنَى الْجَنْبِ ، أَنْ يَجْنُبَ

الإنصاف

قَوْلُهُ : وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْنُبَ أَحَدُهُمَا مَعَ فَرَسِهِ فَرَسًا يُحَرِّضُهُ عَلَى الْعَدُوِّ ، وَلَا يَصِيحُ
بِهِ فِي وَقْتِ سَبَاقِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ . أَغْنَى ، فِعْلُ ذَلِكَ مُحَرَّمٌ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ
الْأَصْحَابِ ، وَقُطِعَ بِهِ أَكْثَرُهُمْ . وَقَالَ ابْنُ رَزِينٍ فِي « مُخْتَصَرِهِ » : يُكْرَهُ أَنْ
وَفَسَّرَ الْقَاضِي الْجَنْبَ ؛ بِأَنْ يَجْنُبَ فَرَسًا آخَرَ مَعَهُ ، فَإِذَا قَصُرَ الْمَرْكُوبُ ، رَكِبَ
الْمَجْنُوبَ .

(١) فِي : بَابِ أَيْنَ تَصَدَّقَ الْأَمْوَالُ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ ، وَفِي : بَابِ فِي الْجَلَبِ عَلَى الْخَيْلِ فِي السَّبَاقِ ، مِنْ كِتَابِ
الْجِهَادِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٣٦٩/١ ، ٢٩/٢ . كَمَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي النَّهْيِ عَنْ نِكَاحِ الشَّغَارِ ،
مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥١/٥ ، ٥٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الشَّغَارِ ، مِنْ كِتَابِ
النِّكَاحِ ، وَفِي : بَابِ الْجَلَبِ ، وَبَابِ الْجَنْبِ ، مِنْ كِتَابِ الْخَيْلِ . الْمُجْتَبَى ٩١/٦ ، ٨٩ ، ١٩٠ . وَالْإِمَامُ
أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٨٠/٢ ، ٢١٥ ، ٢١٦ ، ١٦٢/٣ ، ١٩٧ ، ٤٢٩/٤ ، ٤٣٩ ، ٤٤٣ .

المُسَابِقُ إِلَى فَرَسِهِ فَرَسًا لَا رَاكِبَ عَلَيْهِ ، يُحَرِّضُ الذِي تَحْتَهُ عَلَى الْعَدُوِّ ، وَيُحِثُّهُ عَلَيْهِ . وقال القاضي : مَعْنَاهُ أَنْ يَجْنُبَ فَرَسًا يَتَحَوَّلُ عِنْدَ الْغَايَةِ عَلَيْهَا ، لَكُونَهَا أَقْلَ كَلَالًا وَإِعْيَاءً . قال ابنُ المُنْذِرِ : كَذَا قِيلَ ، وَلَا أَحْسَبُ هَذَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْفَرَسَ الَّتِي يُسَابِقُ بِهَا لَا بُدَّ مِنْ تَعْيِينِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ الَّتِي يَتَحَوَّلُ عَنْهَا ، فَمَا حَصَلَ السَّبْقُ بِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ الَّتِي يَتَحَوَّلُ إِلَيْهَا ، فَمَا حَصَلَتِ الْمُسَابَقَةُ بِهَا فِي جَمِيعِ الْحَلَبَةِ ، وَمِنْ شَرْطِ السَّبْقِ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّ هَذَا مَتَى اخْتِاجَ إِلَى التَّحَوُّلِ وَالِاسْتِغَالِ بِهِ ، فَرُبَّمَا سَبِقَ بِاسْتِغَالِهِ ، لَا بِسُرْعَةِ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مَعْرِفَةَ عَدُوِّ الْفَرَسِ فِي الْحَلَبَةِ كُلِّهَا ، فَمَتَى كَانَ إِنَّمَا يَرْكَبُهُ فِي آخِرِ الْحَلَبَةِ ، فَمَا حَصَلَ الْمَقْصُودُ . وَأَمَّا الْجَلْبُ ، فَهُوَ [٢٥٢/٤ ظ] أَنْ يَتَّبَعَ الرَّجُلُ فَرَسَهُ ، يَرْكُضُ خَلْفَهُ ، وَيَجْلِبُ عَلَيْهِ ، وَيَصِيحُ وَرَاءَهُ ، يَسْتَحِثُّهُ بِذَلِكَ عَلَى الْعَدُوِّ . وَهَكَذَا فَسَّرَهُ مَالِكٌ ^(١) . وقال قتادة : الْجَلْبُ وَالْجَنْبُ فِي الرَّهَانِ ^(٢) . وعن أَبِي عُبَيْدٍ كَقَوْلِ مَالِكٍ . وَحُكِيَ عَنْهُ ، أَنَّ الْجَلْبَ أَنْ يَحْشُرَ السَّاعِي أَهْلَ الْمَاشِيَةِ لِيَصُدَّقَهُمْ ، قَالَ : فَلَا يَفْعَلُ ، لِيَأْتِيَهُمْ عَلَى مِيَاهِهِمْ فَيَصُدَّقَهُمْ ^(٣) . وَالتَّفْسِيرُ الْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِمَا رَوَى عِمْرَانُ بْنُ حُصَيْنٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا جَلْبَ وَلَا جَنْبَ فِي الرَّهَانِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٤) . وَيُرْوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ،

(١) أخرجهما البيهقي ، في : باب لا جلب ولا جنب في الرهان ، من كتاب الرمي . السنن الكبرى ١٠/٢١ ،

(٢) انظر : غريب الحديث ٣/١٢٧ ، ١٢٨ .

(٣) في : باب في الجلب على الخيل في السباق ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٢/٢٩ .

فَصْلٌ فِي الْمُنَاضَلَةِ : وَتَشْتَرِطُ لَهَا شُرُوطٌ أَرْبَعَةٌ ؛ أَحَدُهَا ، ^{المقنع} أَنْ تَكُونَ عَلَى مَنْ يُحْسِنُ الرَّمْيَ ، فَإِنْ كَانَ فِي أَحَدِ الْحِزْبَيْنِ مَنْ لَا يُحْسِنُهُ ، بَطَلَ الْعَقْدُ فِيهِ ، وَأُخْرِجَ مِنَ الْحِزْبِ الْآخَرُ مِثْلُهُ ، وَلَهُمْ

الشرح الكبير

أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ أَجْلَبَ عَلَى الْخَيْلِ يَوْمَ الرُّهَانِ فَلَيْسَ مِنَّا » ^(١) .

قال الشيخ ، رَحِمَهُ اللَّهُ :

(**فَصْلٌ فِي الْمُنَاضَلَةِ**) وهى المُسَابَقَةُ فى الرَّمْيِ بالسَّهَامِ ، وَالْمُنَاضَلَةُ : مُضْدَرُّ نَاضِلْتُهُ نِضَالًا وَمُنَاضَلَةٌ ، وَسُمِّيَ الرَّمْيُ نِضَالًا ؛ لِأَنَّ السَّهْمَ التَّامَّ يُسَمَّى نِضَالًا ، فَالرَّمْيُ بِهِ عَمَلٌ بِالنِّضْلِ ، فَسُمِّيَ نِضَالًا وَمُنَاضَلَةٌ ، مِثْلَ جَادَلْتُهُ جِدَالًا وَمُجَادَلَةٌ (وَيُشْتَرِطُ لَهَا شُرُوطٌ أَرْبَعَةٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَكُونَ عَلَى مَنْ يُحْسِنُ الرَّمْيَ ، فَإِنْ كَانَ فِي أَحَدِ الْحِزْبَيْنِ مَنْ لَا يُحْسِنُهُ ، بَطَلَ الْعَقْدُ فِيهِ) ^(٢) إِذَا كَانَ كُلُّ حِزْبٍ جَمَاعَةً ^(٣) (وَأُخْرِجَ مِنَ الْحِزْبِ الْآخَرُ) مَنْ جُعِلَ بِإِزَائِهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الرِّعِيمَيْنِ يَخْتَارُ وَاحِدًا ، وَيَخْتَارُ الْآخَرُ فِي مُقَابَلَتِهِ آخَرَ ، كَمَا لَوْ بَطَلَ الْعَقْدُ فِي بَعْضِ الْمَبِيعِ ، بَطَلَ فِي ثَمَنِهِ . وَهَلْ

قوله فى المُنَاضَلَةِ : وَيُشْتَرِطُ لَهَا شُرُوطٌ أَرْبَعَةٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَكُونَ عَلَى مَنْ يُحْسِنُ الرَّمْيَ ، فَإِنْ كَانَ فِي أَحَدِ الْحِزْبَيْنِ مَنْ لَا يُحْسِنُهُ ، بَطَلَ الْعَقْدُ فِيهِ ، وَأُخْرِجَ مِنَ الْحِزْبِ الْآخَرُ مِثْلُهُ ، وَلَهُمُ الْفَسْخُ إِنْ أَحْبَبُوا . فظَاهِرُهُ ، عَدَمُ بُطْلَانِ الْعَقْدِ ؛ لِقَوْلِهِ : وَلَهُمُ الْفَسْخُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَصَحَّحَهُ فِي

(١) لم نجده .

(٢ - ٣) سقط من : م .

الْفَسْحُ إِنْ أَحَبُّوا . الثَّانِي مَعْرِفَةُ عَدَدِ الرَّشْقِ ، وَعَدَدِ الْإِصَابَةِ .

يَنْطَلُ فِي الْبَاقِينَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَنْطَلُ . فَلِكُلِّ حِزْبٍ الْخِيَارُ لِتَبْعِيضِ الصَّفَقَةِ فِي حَقِّهِمْ ، فَإِنْ كَانَ يُحْسِنُ الرَّمْيَ ، لَكِنَّهُ قَلِيلُ الْإِصَابَةِ ، فَقَالَ حِزْبُهُ : ظَنَّنَاهُ كَثِيرَ الْإِصَابَةِ . أَوْ : لَمْ نَعْلَمْ حَالَهُ . وَإِنْ بَانَ كَثِيرَ الْإِصَابَةِ ، فَقَالَ الْحِزْبُ الْآخَرُ : ظَنَّنَاهُ قَلِيلَ الْإِصَابَةِ . لَمْ يُسَمَعْ ذَلِكَ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّ شَرْطَ دُخُولِهِ فِي الْعَقْدِ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الصَّنْعَةِ دُونَ الْحَذَقِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ كَاتِبٌ ، فَبِإِنْ حَازِقًا أَوْ نَاقِصًا فِيهَا^(١) ، لَمْ يُؤْثَرْ (الثَّانِي ، مَعْرِفَةُ عَدَدِ الرَّشْقِ ، وَعَدَدِ الْإِصَابَةِ) الرَّشْقُ ، بِكَسْرِ الرَّاءِ : عَدَدُ الرَّمْيِ . وَأَهْلُ الْعَرِيَّةِ يَقُولُونَ : هُوَ عِبَارَةٌ عَمَّا بَيْنَ الْعَشْرِينَ وَالثَّلَاثِينَ . وَالرَّشْقُ ، بِفَتْحِ الرَّاءِ : الرَّمْيُ ، مُصَدَّرُ رَشَقْتُ رَشْقًا . وَإِنَّمَا اشْتُرِطَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مَجْهُولًا أَفْضَى إِلَى الْاِخْتِلَافِ ، لِأَنَّ أَحَدَهُمَا قَدْ يُرِيدُ الْقَطْعَ ، وَالْآخَرُ الزِّيَادَةَ . وَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ عَدَدِ الْإِصَابَةِ - ، فَيَقُولَانِ : الرَّشْقُ عِشْرُونَ ، وَالْإِصَابَةُ خَمْسَةٌ - أَوْ - سِتَّةٌ . أَوْ مَا يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ اشْتِرَاؤُ إِصَابَةٍ تَنْدُرُ ، كَالْإِصَابَةِ جَمِيعِ الرَّشْقِ ، [٢٥٣/٤] أَوْ تِسْعَةٍ مِنْ عَشْرَةٍ ، وَنَحْوِ هَذَا ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يُوجَدُ ، فَيَقُوتُ الْغَرَضُ . وَإِنَّمَا اشْتُرِطَ الْعِلْمُ بِعَدَدِ الْإِصَابَةِ ؛ لِتَبَيُّنِ حَذَقِهِمَا .

« النَّظْمِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَفِي بُطْلَانِ الْعَقْدِ وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَقَدْ عَلِمْتَ قَبْلَ أَنَّهُ لَا يَنْطَلُ الْعَقْدُ فِي الْبَاقِي . عَلَى الصَّحِيحِ ،

(١) سقط من : الأصل .

فصل : وَيُشْتَرَطُ اسْتِوَاؤُهُمَا فِي عَدَدِ الرِّشْقِ وَالْإِصَابَةِ وَصِفَتِهَا ، وَسَائِرِ أَحْوَالِ الرَّمْيِ . فَإِنْ جَعَلَا رِشْقَ أَحَدِهِمَا عَشْرَةً ، وَالْآخَرَ عِشْرِينَ ، أَوْ شَرَطَا أَنْ يُصِيبَ أَحَدُهُمَا خَمْسَةً ، وَالْآخَرَ ثَلَاثَةً ، أَوْ شَرَطَا إِصَابَةَ أَحَدِهِمَا خَوَاسِقَ وَالْآخَرَ خَوَاصِلَ ، أَوْ شَرَطَا أَنْ يَحْطُ أَحَدُهُمَا مِنْ إِصَابَتِهِ سَهْمَيْنِ ، أَوْ يَحْطُ سَهْمَيْنِ مِنْ إِصَابَتِهِ بِسَهْمٍ مِنْ إِصَابَةِ صَاحِبِهِ ، أَوْ شَرَطَا ^(١) أَنْ يَرْمِيَ أَحَدُهُمَا مِنْ بَعْدٍ وَالْآخَرُ مِنْ قُرْبٍ ، أَوْ أَنْ يَرْمِيَ أَحَدُهُمَا وَبَيْنَ أَصَابِعِهِ سَهْمٌ ، وَالْآخَرُ بَيْنَ أَصَابِعِهِ سَهْمَانِ ، أَوْ أَنْ يَرْمِيَ أَحَدُهُمَا وَعَلَى رَأْسِهِ شَيْءٌ وَالْآخَرُ خَالٍ عَنْ شَاغِلٍ ، أَوْ أَنْ يَحْطُ عَنْ أَحَدِهِمَا وَاحِدًا مِنْ خَطِّئِهِ لَا لَهُ وَلَا عَلَيْهِ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا مَا تَفَوُّتُ بِهِ الْمُسَاوَاةُ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ مَوْضُوعَهَا عَلَى الْمُسَاوَاةِ ، وَالْغَرَضُ مَعْرِفَةُ الْحِذْقِ وَزِيَادَةِ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ فِيهِ ، وَمَعَ التَّفَاضُلِ لَا يَحْصُلُ ، فَإِنَّهُ رُبَّمَا أَصَابَ أَحَدُهُمَا لَكثْرَةَ رَمْيِهِ لَا لِحِذْقِهِ ، فَاعْتَبِرَتِ الْمُسَاوَاةُ ، كَالْمُسَابَقَةِ بِالْحَيَوَانِ .

فوائد : الأولى ، لو عَقَدَ النَّضَالَ جَمَاعَةٌ لَيَقْتَسِمُوا بَعْدَ الْعَقْدِ حِزْبَيْنِ بِرِضَاهُم لَا بِقُرْعَةٍ ، صَحَّ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصَّغِيرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . وَصَحَّحَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ . وَمَا لَا إِلَهَ . فَعَلِيَ هَذَا : إِذَا تَفَاضَلُوا عَقَدُوا النَّضَالَ بَعْدَهُ . وَعَلَى الْمَذْهَبِ ، يُجْعَلُ لِكُلِّ حِزْبٍ رَأْسٌ ، فَيُخْتَارُ أَحَدُهُمَا وَاحِدًا ، ثُمَّ يُخْتَارُ الْآخَرُ آخَرَ

(١) فِي م : « شَرَطَ » .

فصل : وَيُشْتَرَطُ أَنْ تَكُونَ الْمُسَابَقَةُ عَلَى الْإِصَابَةِ لَا عَلَى الْبُعْدِ ، فلو قال : السَّبْقُ لَابْعَدِنَا رَمِيًا . لم يَجْزُ ؛ لِأَنَّ الْعَرْضَ مِنَ الرَّمْيِ الْإِصَابَةُ لَا بُعْدُ الْمَسَافَةِ ، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الرَّمْيِ إِمَّا قَتْلُ الْعَدُوِّ أَوْ جَرْحُهُ ، أَوْ الصَّيْدُ ، وَنَحْوُ ذَلِكَ ، وَكُلُّ هَذَا إِنَّمَا يَحْصُلُ مِنَ الْإِصَابَةِ ، لَا مِنَ الْإِبْعَادِ .

فصل : إِذَا عَقَدَا النَّضَالَ ، وَلَمْ يَذْكُرَا قَوْسًا ، صَحَّ فِي ظَاهِرِ كَلَامِ الْقَاضِي ، وَيَسْتَوِيَانِ فِي الْقَوْسِ ، إِمَّا الْعَرَبِيَّةَ وَإِمَّا الْفَارِسِيَّةَ . وَقَالَ غَيْرُهُ : لَا يَصِحُّ حَتَّى يَذْكُرَا نَوْعَ الْقَوْسِ الَّذِي يَرْمِيَانِ عَلَيْهِ فِي الْإِتِّدَاءِ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَهُ رُبَّمَا أَفْضَى إِلَى الْاِخْتِلَافِ ، وَقَدْ أُمِكِنَ التَّحَرُّزُ عَنْهُ بِالتَّعْيِينَ لِلنَّوْعِ ، فَيَجِبُ ذَلِكَ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُمَا يَرْمِيَانِ بِالنَّشَابِ فِي الْإِتِّدَاءِ ، صَحَّ ، وَيَنْصَرَفُ إِلَى الْقَوْسِ الْأَعْجَمِيَّةِ ؛ لِأَنَّ سِهَامَهَا هُوَ الْمُسَمَّى بِالنَّشَابِ ، وَسِهَامُ الْعَرَبِيَّةِ يُسَمَّى نَبَلًا . فَإِنْ عَيَّنَا نَوْعًا ، لَمْ يَجْزِ الْعُدُولُ عَنْهَا إِلَى غَيْرِهَا ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا قَدْ يَكُونُ أَحْذَقَ بِالرَّمْيِ بِأَحَدِ النَّوْعَيْنِ دُونَ الْآخَرِ .

حَتَّى يَفْرَعَا ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي مَنْ يَبْدَأُ بِالْخَيْرَةِ اقْتَرَعَا ، وَلَا يَقْتَسِمَانِ بِقُرْعَةٍ ، وَلَا بِجَوْزٍ جَعَلَ رَأْسُ الْحَزْبَيْنِ وَاحِدًا ، وَلَا الْخَيْرَةُ فِي تَمْيِيزِهِمَا إِلَيْهِ ، وَلَا السَّبْقُ عَلَيْهِ . الثَّانِيَةُ ، لَا يُشْتَرَطُ اسْتِثْوَاءُ عَدَدِ الرُّمَاءِ ، عَلَى الصَّحِيحِ . [١٨٢ / ٢] صَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَجَزَمَ بِهِ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَقِيلَ : يُشْتَرَطُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ« الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَهُمَا وَجْهَانِ فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَاحْتِمَالَانِ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَاحْتِمَالُ وَجْهَيْنِ فِي « الصُّغْرَى » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . الثَّالِثَةُ ، لَا يَصِحُّ شَرْطُ إِصَابَةِ نَادِرَةٍ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَذَكَرَ فِي

الثَّالِثُ ، مَعْرِفَةُ الرَّمْيِ ، هَلْ هُوَ مُفَاضِلَةٌ أَوْ مُبَادَرَةٌ ؟ فَالْمُبَادَرَةُ أَنْ الْمُنْعِ
يَقُولَا : مَنْ سَبَقَ إِلَى خَمْسِ إَصَابَاتٍ مِنْ عِشْرِينَ رَمِيَّةً ، فَقَدْ سَبَقَ ،
فَأَيُّهُمَا سَبَقَ إِلَيْهَا مَعَ تَسَاوِيهِمَا فِي الرَّمْيِ فَهُوَ السَّابِقُ ، وَلَا يَلْزَمُ
إِتِمَامُ الرَّمْيِ .

(الثالثُ ، مَعْرِفَةُ الرَّمْيِ ، هل هو مُفَاضِلَةٌ أَوْ مُبَادَرَةٌ ؟) الْمُنَاضِلَةُ عَلَى
ثَلَاثَةِ أَضْرِبٍ ؛ أَحَدُهَا ، يُسَمَّى (الْمُبَادَرَةُ) وَهِيَ (أَنْ يَقُولَا : مَنْ سَبَقَ
إِلَى خَمْسِ إَصَابَاتٍ [٢٥٣/٤] مِنْ عِشْرِينَ رَمِيَّةً ، فَهُوَ السَّابِقُ . فَأَيُّهُمَا
سَبَقَ إِلَيْهَا مَعَ تَسَاوِيهِمَا فِي الرَّمْيِ) فَقَدْ سَبَقَ . فَإِذَا رَمَى عَشْرَةَ عَشْرَةَ ،
فَأَصَابَ أَحَدُهُمَا خَمْسًا ، وَلَمْ يُصِبِ الْآخَرُ خَمْسًا ، فَالْمُصِيبُ خَمْسًا هُوَ
السَّابِقُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ سَبَقَ إِلَى خَمْسٍ ، وَسَوَاءٌ أَصَابَ الْآخَرُ أَرْبَعًا ، أَوْ مَا
دُونَهَا ، أَوْ لَمْ يُصِبْ شَيْئًا (وَلَا) حَاجَةٌ إِلَى (إِتِمَامِ الرَّمْيِ) لِأَنَّ السَّبْقَ
قَدْ حَصَلَ بِسَبْقِهِ إِلَى مَا شَرَطَا السَّبْقَ إِلَيْهِ . فَإِنْ أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ
الْعَشْرِ خَمْسًا ، فَلَا سَابِقَ فِيهِمَا ، وَلَا يُكْمِلَانِ الرُّشْقَ ؛ لِأَنَّ جَمِيعَ الْإِصَابَةِ
الْمَشْرُوطَةِ قَدْ حَصَلَتْ ، وَاسْتَوَيَا فِيهَا . فَإِنْ رَمَى أَحَدُهُمَا عَشْرًا فَأَصَابَ

« التَّرْغِيبِ » وَغَيْرِهِ ، أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِيهِ إِصَابَةٌ مُمَكِّنَةٌ فِي الْعَادَةِ .

الإنصاف

قوله : الثَّالِثُ ، مَعْرِفَةُ الرَّمْيِ ، هل هو مُفَاضِلَةٌ ، أَوْ مُبَادَرَةٌ ؟ وَكَذَا هل هو
مَحَاطَّةٌ ؟ وَهُوَ حَظٌّ مَا تَسَاوَى فِيهِ بِإِصَابَةٍ مِنْ رِشْقٍ مَعْلُومٍ مَعَ تَسَاوِيهِمَا فِي الرَّمِيَّاتِ .
فِيَشْتَرِطُ مَعْرِفَةَ ذَلِكَ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ،
و « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ »

وَالْمُفَاضَلَةُ أَنْ يَقُولَا : أَيُّنَا فَضَّلَ صَاحِبُهُ [١٣٥] بِخُمْسٍ إِصَابَاتٍ مِنَ عِشْرِينَ رَمِيَّةً ، سَبَقَ ، فَأَيُّهُمَا فَضَّلَ بِذَلِكَ ، فَهُوَ السَّابِقُ .

المقنع

خَمْسًا ، وَرَمَى الْآخَرُ تِسْعًا فَأَصَابَ أَرْبَعًا ، لَمْ يُحْكَمْ بِالسَّبْقِ وَلَا بَعْدِهِ ، حَتَّى يَرْمِيَ الْعَاشِرَ ، فَإِنْ أَصَابَ بِهِ ، فَلَا سَابِقَ فِيهِمَا ، وَإِنْ أَخْطَأَ بِهِ ، فَقَدْ سَبَقَ الْأَوَّلُ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَصَابَ مِنَ التَّسْعَةِ إِلَّا ثَلَاثًا ، فَقَدْ سَبَقَ ، وَلَا يَخْتَاجُ إِلَى رَمَى الْعَاشِرِ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا يَحْتَمِلُ أَنْ يُصِيبَ بِهِ ، وَلَا يُخْرِجُهُ عَنْ كَوْنِهِ مَسْبُوقًا .

الشرح الكبير

الثاني (المُفَاضَلَةُ) وهى (أن يَقُولَا : أَيُّنَا فَضَّلَ صَاحِبُهُ) بِإِصَابَةٍ أَوْ إِصَابَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثٍ (مِنْ عِشْرِينَ رَمِيَّةً) فَقَدْ (سَبَقَ) . وَتُسَمَّى مُحَاطَةً ؛ لِأَنَّ مَا تَسَاوَى فِيهِ مِنَ الْإِصَابَةِ مَحْطُوطٌ غَيْرُ مُعْتَدٍّ بِهِ . وَيَلْزَمُ إِكْمَالُ الرُّشْقِ إِذَا كَانَ فِيهِ فَائِدَةٌ . فَإِذَا قَالَا : أَيُّنَا فَضَّلَ صَاحِبُهُ بِثَلَاثٍ ، فَهُوَ سَابِقٌ . فَرَمَيَا اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا ، فَأَصَابَ بِهَا أَحَدُهُمَا ، وَأَخْطَأَهَا ^(١) الْآخَرُ كُلُّهَا ، لَمْ

الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِى الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَيَجِبُ بَيَانُ حُكْمِ الْإِصَابَةِ ، هَلْ هِيَ مُنَاضَلَةٌ ، أَوْ غَيْرُهَا . وَقِيلَ : يُسْتَحَبُّ . انْتَهَى . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي ، لَا يَخْتَاجُ إِلَى اشْتِرَاطِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَى النَّضَالِ الْمُبَادَرَةَ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » أَيْضًا : وَيُسْنُ أَنْ يُصِفَا الْإِصَابَةَ ؛ فَيَقُولَانِ : خَوَاصِلُ ، وَنَحْوُهُ . وَقِيلَ : يَجِبُ .

الإيناف

(١) فى م : « أخطأ » .

الشرح الكبير

يَلْزَمُ إِتْمَامُ الرُّشْقِ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا يُمَكِّنُ أَنْ يُصِيبَ الْآخِرُ الثَّمَانِيَةَ الْبَاقِيَةَ ،
وَيُخْطِئَهَا ^(١) الْأَوَّلُ ، وَلَا يَخْرُجُ الْأَوَّلُ بِهَذَا عَنْ كَوْنِهِ سَابِقًا . وَإِنْ كَانَ
الْأَوَّلُ إِنَّمَا أَصَابَ مِنَ الْاِثْنَتَيْ عَشْرَةَ عَشْرًا ، لَزِمَهُمَا أَنْ يَرْمِيَا الثَّلَاثَةَ عَشْرَةَ ،
فَإِنْ أَصَابَا بَهَا أَوْ أَخْطَا ، أَوْ أَصَابَهَا الْأَوَّلُ وَحْدَهُ ، فَقَدْ سَبَقَ ، وَلَا يَحْتَاجُ
إِلَى إِتْمَامِ الرُّشْقِ . وَإِنْ أَصَابَهَا الْآخِرُ ^(٢) «دُونَ الْأَوَّلِ» ، فَعَلَيْهِمَا أَنْ يَرْمِيَا
الرَّابِعَةَ عَشْرَةَ ، وَالْحُكْمُ فِيهَا وَفِيمَا بَعْدَهَا ، كَالْحُكْمِ فِي الثَّلَاثَةِ عَشْرَةَ ،
^(٣) «فِي أَنَّهُ» متى مَا أَصَابَا بَهَا ، أَوْ أَخْطَا ، أَوْ أَصَابَهَا الْأَوَّلُ ، فَقَدْ سَبَقَ ، وَلَا
يَرْمِيَانِ مَا بَعْدَهَا . وَإِنْ أَصَابَهَا الْآخِرُ وَحْدَهُ ، رَمَيَا مَا ^(٤) بَعْدَهَا . وَكَذَا
كُلُّ مَوْضِعٍ يَكُونُ فِي إِتْمَامِ الرُّشْقِ فَائِدَةً لِأَحَدِهِمَا ، يَلْزَمُ إِتْمَامُهُ ، وَإِنْ
يَبْقَى مِنَ الْفَائِدَةِ ، لَمْ يَلْزَمْ إِتْمَامُهُ . فَإِذَا بَقِيَ مِنَ الْعَدَدِ مَا يُمَكِّنُ أَنْ يَسْبِقَ
أَحَدُهُمَا بِهِ صَاحِبُهُ ، أَوْ يُسْقِطَ بِهِ سَبْقَ صَاحِبِهِ ، لَزِمَ الْإِتْمَامُ ، وَإِلَّا فَلَا .
فَإِذَا كَانَ السَّبْقُ يَحْصُلُ بِثَلَاثِ إِصَابَاتٍ مِنْ عِشْرِينَ ، فَرَمَيَا ثَمَانِيَةَ عَشْرَةَ ،
فَأَخْطَا بَهَا ، أَوْ أَصَابَا بَهَا ، أَوْ تَسَاوَيَا [٢٥٤/٤] فِي الْإِصَابَةِ فِيهَا ، لَمْ يَلْزَمْ
الْإِتْمَامُ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا يَحْتَمِلُ أَنْ يُصِيبَ أَحَدُهُمَا تَيْنِ الرَّمِيَّتَيْنِ ، وَيُخْطِئَهُمَا
الْآخِرُ ، وَلَا يَحْصُلُ السَّبْقُ بِذَلِكَ . وَكَذَلِكَ إِنْ فَضَّلَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ
بِخَمْسِ إِصَابَاتٍ فَمَا زَادَ ، لَمْ يَلْزَمْ الْإِتْمَامُ ؛ لِأَنَّ إِصَابَةَ الْآخِرِ السَّهْمَيْنِ

الإنصاف

(١) فِي الْأَصْلِ ، ر ، ق : « يَخْطِئَهَا » .

(٢-٢) فِي تَش ، ر ، ١ ، م : « وَحْدَهُ » .

(٣-٣) فِي م : « فَإِنَّهُ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

الباقين ، لا يُخرجُ الآخرَ عن كونه فاضلاً بثلاثِ إصاباتٍ ، وإن لم يفضله إلا بأربعٍ ، رمياً السَّهمَ الآخرَ ، فإن أصابه المَفْضُولُ وَحْدَهُ ، فعليهما رمى الآخرِ ، فإن أصابه المَفْضُولُ أيضًا ، سَقَطَ سَبْقُ الأوَّلِ ، وإن أخطأ في أحدِ السَّهمينِ ، أو أصاب الأوَّلُ في أحدهما ، فهو سابقٌ .

الثالثُ (أن يقولوا : أئنا أصابَ خَمْسًا مِنْ عَشْرينِ ، فهو سابقٌ) فمتى أصابَ أحدهما خَمْسًا مِنْ العَشْرينِ ، ولم يُصِبْها الآخرُ ، فالأوَّلُ سابقٌ ، وإن أصابَ كُلُّ واحدٍ منهما خَمْسًا ، أو لم يُصِبْ واحدٌ منهما خَمْسًا ، فلا سابقَ فيهما . وهذه في مَعْنَى المُحَاطَّةِ ، في أَنَّهُ يَلْزَمُ إِتِمَامُ الرَّمْيِ ما كان فيه فائِدةٌ ، ولا يَلْزَمُ إذا خلا " (عن الفائدة) " . ومتى أصابَ كُلُّ واحدٍ منهما خَمْسًا ، لم يَلْزَمُ إِتِمَامُهُ ، ولم يكن فيهما سابقٌ . وإن رَمَى سِتَّ عَشْرَةَ رَمِيَّةً ، فلم يُصِبْ واحدٌ منهما شيئاً ، لم يَلْزَمُ إِتِمَامُهُ ، ولا سابقَ فيهما ؛ لأنَّ أَكْثَرَ ما يَحْتَمِلُ أن يُصِيبَهَا أَحَدُهُما وَحْدَهُ (١) ، ولا يَحْصُلُ السَّبْقُ بذلك . واخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا ، فقال أبو الخَطَّابِ : لا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الرَّمْيِ ، هل هو مُبَادَرَةٌ أو مُحَاطَةٌ أو مُفَاضَلَةٌ ؟ لأنَّ غَرَضَ الرَّمَاةِ يَخْتَلِفُ ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ تَكَثَّرُ إصابَتُهُ في الْإِبْتِدَاءِ دُونَ الْإِنْتِهَاءِ ، وَمِنْهُمْ بِالْعَكْسِ ، فَوَجَبَ بَيَانُ ذَلِكَ ؛ لِيَعْلَمَ مَا دَخَلَ فِيهِ . وهذا الذي ذَكَرَهُ شَيْخُنَا فِي الْكِتَابِ الْمَشْرُوحِ . وظاهرُ كَلامِ القَاضِي ، أَنَّهُ لا يُحْتَاجُ إلى اشْتِراطِ ذَلِكَ ؛ لأنَّ مُقْتَضَى

(١ - ١) في م : « عنها » .

(٢) في الأصل ، تش : « واحدة » .

النُّضالِ المُبَادَرَةُ ، وَأَنَّ مَنْ بَادَرَ إِلَى الإِصَابَةِ فَهُوَ السَّابِقُ ؛ فَإِنَّهُ إِذَا شَرِطَ السَّبْقُ لِمَنْ أَصَابَ خَمْسَةً مِنْ عِشْرِينَ ، فَسَبَقَ إِلَيْهَا وَاحِدٌ ، فَقَدْ وَجِدَ الشَّرْطَ . ولأصحابِ الشافعيَّ وجهان كهذين .

فصل : فَإِنْ شَرَطَا إِصَابَةَ مَوْضِعٍ مِنَ الْهَدَفِ ، عَلَى أَنْ يُسْقِطَ مَا قَرُبَ مِنْ إِصَابَةٍ أَحَدُهُمَا مَا بَعْدَ مِنْ إِصَابَةِ الْآخَرِ ، فَفَعَلَ ، ثُمَّ فَضَّلَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ بِمَا شَرَطَاهُ ، كَانَ سَابِقًا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ مِنَ الْمُحَاطَةِ . فَإِذَا أَصَابَ أَحَدُهُمَا مَوْضِعًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْغَرَضِ شِبْرٌ ، وَأَصَابَ الْآخَرُ مَوْضِعًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْغَرَضِ أَقْلٌ مِنْ شِبْرٍ ، سَقَطَ الْأَوَّلُ ، وَإِنْ أَصَابَ الْأَوَّلُ الْغَرَضَ ، أَسْقَطَ الثَّانِي ، وَإِنْ أَصَابَ [٢٥٤/٤ ط] الثَّانِي الدَّائِرَةَ الَّتِي فِي الْغَرَضِ ، لَمْ يُسْقِطِ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ كُلَّهُ مَوْضِعُ الإِصَابَةِ ، فَلَا يَفْضَلُ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ إِذَا أَصَابَاهُ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَا ذَلِكَ . وَإِنْ شَرَطَا أَنْ يَحْسِبَ ^(١) كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَاسِقَهُ بِإِصَابَتَيْنِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَمْ يَفْضَلْ صَاحِبَهُ بِشَيْءٍ ، فَقَدْ اسْتَوَيَا .

فصل : فَإِنْ عَقَدَ النَّضَالُ جَمَاعَةً لِيَتَفَاضَلُوا ^(٢) حِزْبَيْنِ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَجُوزُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ التَّعْيِينَ شَرْطٌ ، وَقَبْلَ التَّفَاضُلِ لَمْ يَتَّعَيْنْ مَنْ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْحِزْبَيْنِ . فَعَلِيَ هَذَا ، إِذَا تَفَاضَلُوا ، عَقَدُوا النَّضَالَ بَعْدَهُ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، يَجُوزُ الْعَقْدُ قَبْلَ

(١) فِي م : « يَحْسِبُ » .

(٢) فِي م : « لِيَتَفَاضَلُوا » .

التَّفَاضُل . ولا يَجُوزُ أَنْ يُقْتَسِمُوا بِالْقُرْعَةِ ؛ لَأَنَّهَا قَدْ تَقَعُ عَلَى الْحُذَاقِ فِي أَحَدِ الْجَزَيْنِ ، وَعَلَى الْكَوَادِنِ فِي الْآخَرِ ، فَيُطْلُ مَقْصُودُ النَّضَالِ ، بَلْ يَكُونُ لِكُلِّ حِزْبٍ زَعِيمٌ^(١) ، فَيَخْتَارُ أَحَدُهُمَا وَاحِدًا ، ثُمَّ يَخْتَارُ الْآخَرُ وَاحِدًا كَذَلِكَ ، حَتَّى يَتَفَاضَلُوا جَمِيعًا . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ الْخِيَارُ إِلَى أَحَدِهِمَا فِي الْجَمِيعِ ، وَلَا أَنْ يَخْتَارَ جَمِيعُ حِزْبِهِ أَوَّلًا ؛ لَأَنَّهُ يَخْتَارُ الْحُذَاقُ فِي حِزْبِهِ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ رَئِيسُ الْجَزَيْنِ وَاحِدًا ؛ لَأَنَّهُ يَمِيلُ إِلَى حِزْبِهِ ، فَتَلَحُّقُهُ التُّهْمَةُ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْتَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الرَّئِيسِينَ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدٍ وَاحِدٍ ؛ لَأَنَّهُ أَبْعَدُ مِنَ التَّسَاوِي . فَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الْمُبْتَدِئِ بِالْخِيَارِ ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا . وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا : أَنَا اخْتَارُ أَوَّلًا وَأُخْرِجُ السَّبْقَ ، أَوْ يُخْرِجُهُ أَصْحَابِي . لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ السَّبْقَ إِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِالسَّبْقِ ، لَا فِي مُقَابَلَةِ تَفَضُّلِ أَحَدِهِمَا بِشَيْءٍ .

فصل : إِذَا أَخْرَجَ أَحَدُ الزَّعِيمَيْنِ السَّبْقَ مِنْ عِنْدِهِ ، فَسَبَقَ حِزْبُهُ ، لَمْ يَكُنْ عَلَى حِزْبِهِ شَيْءٌ ؛ لَأَنَّهُ جَعَلَهُ عَلَى نَفْسِهِ دُونَهُمْ . وَإِنْ شَرَطَهُ عَلَيْهِمْ ، فَهُوَ عَلَيْهِمَ بِالسُّوِيَّةِ ، وَيُقَسَّمُ عَلَى الْحِزْبِ الْآخَرِ بِالسُّوِيَّةِ ، مَنْ أَصَابَ وَمَنْ أخطَأَ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، كَمَا أَنَّهُ عَلَى الْحِزْبِ الْآخَرِ بِالسُّوِيَّةِ . وَفِي الْوَجْهِ الْآخَرِ ، يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ الْإِصَابَةِ ، وَلَا شَيْءَ لِمَنْ لَمْ يُصِبْ ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهُ بِالْإِصَابَةِ ، فَكَانَ عَلَى قَدْرِهَا ، وَاخْتَصَّ بِمَنْ وَجِدَتْ فِيهِ ، بِخِلَافِ الْمَسْبُوقِينَ ، فَإِنَّهُ وَجِبَ عَلَيْهِمْ لِلْإِتِمَامِ بِهِ ، وَقَدْ اسْتَوَوْا فِي

فصل : ومتى كان النضال بين حزبتين ، اشترط كون الرشق يُمكن قسّمه بينهما بغير كسر ، ويتساوون فيه ، فإن كانوا ثلاثة ، وجب أن يكون له ثلث ، وكذلك ما زاد ؛ لأنه إذا لم يكن كذلك ، بقي سهم أو أكثر بينهم لا يُمكن الجماعة الاشتراك فيه .

فصل : ولا يجوز أن يقولوا : نُقرع ، فمن خرجت قرعته فهو السابق . ولا أن [٢٥٥/٤] من خرجت قرعته فالسبق عليه . ولا أن يقولوا : نرمي ، فأيّنا أصاب فالسبق على الآخر . لأنه عوض في عقد ، فلا يستحق بالقرعة ، ولا بالإصابة . وإن شرطوا أن يكون فلان مُقدّم حزب ، وفلان مُقدّم الآخر ، ثم فلان ثانيًا ^(١) من ^(٢) الحزب الأول ، وفلان ثانيًا ^(١) من الحزب الثاني ، كان فاسدًا ؛ لأنّ تقديم كل واحد من الحزبتين يكون إلى زعيمه ، وليس للحزب الآخر مُشاركته في ذلك ، فإذا شرطوه كان فاسدًا .

فصل : إذا تناضل اثنان ، وأخرج أحدهما السبق ، فقال أجنبي : أنا شريكك في الغرم والغنم ، إن نصّلك فنصفُ السبق عليّ ، وإن نصّلته فنصفه لي . لم يجز . وكذلك لو كان المتناضلون ثلاثة منهما ^(٣) محلّل ،

(١) في الأصل ، ق : « نائباً » .

(٢) في تش ، م : « في » .

(٣) أى مع الاثنين محلل .

وَإِذَا أُطْلِقَا الْإِصَابَةَ ، تَنَاوَلَهَا عَلَى أَىِّ صِفَةٍ كَانَتْ . فَإِنْ قَالَا :
خَوَاصِلَ . كَانَ تَأْكِيدًا ؛ لِأَنَّهُ اسْمٌ لَهَا كَيْفَمَا كَانَتْ .

فَقَالَ رَابِعٌ لِلْمُسْتَبْقَيْنِ : أَنَا شَرِيكُكُمْ فِي الْغَنَمِ وَالْغُرَمِ . كَانَ بَاطِلًا ؛ لِأَنَّ
الْغَنَمَ وَالْغُرَمَ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ الْمُنَاضِلِ ، فَأَمَّا مَنْ لَا يَرْمِي ، فَلَا يَكُونُ لَهُ
غَنَمٌ وَلَا عَلَيْهِ غُرَمٌ . وَلَوْ شَرَطَا فِي النَّضَالِ أَنَّهُ إِذَا جَلَسَ الْمُسْتَبْقُ كَانَ عَلَيْهِ
السَّبْقُ ، لَمْ يَجُزْ^(١) ؛ لِأَنَّ السَّبْقَ عَلَى النَّضَالِ ، وَهَذَا الشَّرْطُ يُخَالِفُ
مُقْتَضَى النَّضَالِ ، فَكَانَ فَاسِدًا .

فصل : وَلَوْ فَضَّلَ أَحَدُ الْمُتَنَاضِلَيْنِ صَاحِبَهُ ، فَقَالَ الْمَفْضُولُ : اطْرَحْ
فَضْلَكَ وَأَعْطِيكَ دِينَارًا . لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مَعْرِفَةَ الْحَذَقِ ، وَذَلِكَ
يَمْنَعُ مِنْهُ . وَإِنْ فَسَخَا الْعَقْدَ وَعَقَدَا عَقْدًا آخَرَ ، جَاز . وَإِنْ لَمْ يَفْسَخَاهُ ،
وَلَكِنْ رَمَيَا تَمَامَ الرُّشْقِ ، فَتَمَّتِ الْإِصَابَةُ لَهُ مَعَ مَا أَسْقَطَهُ ، اسْتَحَقَّ السَّبْقُ ،
وَرَدَّ الدِّينَارَ إِنْ كَانَ أَخَذَهُ .

٢٢٤٢ - مسألة : (وَإِذَا أُطْلِقَا الْإِصَابَةَ ، تَنَاوَلَهَا عَلَى أَىِّ صِفَةٍ
كَانَتْ) لِأَنَّهَا إِصَابَةٌ . وَذَكَرَ شَيْخُنَا صِفَةَ الْإِصَابَةِ شَرْطًا لِصِحَّةِ الْمُنَاضَلَةِ
فِي كِتَابِ « الْمَغْنَى »^(٢) .

٢٢٤٣ - مسألة^(٣) : (فَإِنْ قَالَا : خَوَاصِلَ . كَانَ تَأْكِيدًا) هَا

(١) ق : (يصح) .

(٢) ٤١٧/١٣ .

(٣) سقط من : تش ، ر ، ١ ، م .

وَأِنْ قَالَا : خَوَاسِقٌ . وَهُوَ مَا خَرَقَ الْغَرَضَ وَثَبَّتَ فِيهِ . أَوْ : الْمَقْنَعُ
خَوَازِقٌ . وَهُوَ مَا خَرَقَهُ ، وَلَمْ يَثْبُتْ فِيهِ . أَوْ : خَوَاصِرٌ . وَهُوَ مَا
وَقَعَ فِي أَحَدِ جَانِبَيْ الْغَرَضِ ، تَقَيَّدَتْ بِذَلِكَ .

(لَأَنَّهُ اسْمٌ لَهَا كَيْفَمَا كَانَتْ) قَالَ الْأَزْهَرِيُّ^(١) : يُقَالُ : خَصَلْتُ مُنَاضِلِي
خَصْلَةً وَخَصَلًا . وَيُسَمَّى ذَلِكَ الْفَرْعَ وَالْقَرْطَسَةَ ، يُقَالُ : قَرِطَسَ . إِذَا
أَصَابَ .

٢٢٤٤ - مسألة : (فَإِنْ قَالَا : خَوَاسِقٌ . وَهُوَ مَا خَرَقَ الْغَرَضَ
وَثَبَّتَ فِيهِ . أَوْ : خَوَازِقٌ . وَهُوَ مَا خَرَقَهُ) وَوَقَعَ بَيْنَ يَدَيْهِ . أَوْ : مَوَارِقٌ .
وَهُوَ مَا نَفَذَ الْغَرَضَ ، وَوَقَعَ مِنْ^(٢) وَرَائِهِ . أَوْ : خَوَارِمٌ . وَهُوَ مَا خَرَّمَ
جَانِبَ الْغَرَضِ . أَوْ : حَوَائِي . وَهُوَ مَا وَقَعَ بَيْنَ يَدَيِ الْغَرَضِ ، ثُمَّ وَثَبَ
إِلَيْهِ . وَمِنْهُ يُقَالُ : حَبَا الصَّبِيُّ (أَوْ : خَوَاصِرٌ . وَهُوَ مَا كَانَ فِي أَحَدِ جَانِبَيْ
الْغَرَضِ) وَمِنْهُ قِيلَ : الْخَاصِرَةُ ؛ لِأَنَّهَا فِي جَانِبِ الْإِنْسَانِ (تَقَيَّدَتْ)
الْمُنَاضِلَةَ (بِذَلِكَ) لِأَنَّ الْمَرْجِعَ فِي الْمُسَابَقَةِ إِلَى شَرْطِهِمَا ، فَيُقَيَّدُ بِمَا
[٢٥٥/٤ ط] شَرْطَاهُ هَهُنَا . وَإِنْ شَرَطَا الْخَوَاسِقَ وَالْحَوَائِيَّ مَعًا ، صَحَّ .

قوله : وَإِنْ قَالَا : خَوَاسِقٌ . وَهُوَ مَا خَرَقَ الْغَرَضَ وَثَبَّتَ فِيهِ . هَكَذَا قَالَ أَكْثَرُ
الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » . ثُمَّ قَالَ : وَقِيلَ : أَوْ مَرَقَ ، وَإِنْ سَقَطَ
بَعْدَ ثَقْبِهِ ، أَوْ خَدَشِهِ ، أَوْ نَقَبِهِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ فِيهِ ، فَوَجَّهَانِ . انْتَهَى .

(١) في : تهذيب اللغة ١٤١/٧ ، ١٤٢ .

(٢) سقط من : م .

وَإِنْ شَرَطًا إَصَابَةً مَوْضِعٍ مِنَ الْغَرَضِ ، كَالدَّائِرَةِ فِيهِ ، تَقَيَّدَ بِهِ .
الرَّابِعُ ، مَعْرِفَةُ قَدْرِ الْغَرَضِ ؛ طُولُهُ ، وَعَرْضُهُ ، وَسُمْكُهُ ،
وَارْتِفَاعُهُ مِنَ الْأَرْضِ . وَإِنْ تَشَاحَا فِي الْمُبْتَدِئِ بِالرَّمْيِ ، أَقْرَعَ
بَيْنَهُمَا . وَقِيلَ : يُقَدَّمُ مَنْ لَهُ مَزِيَّةٌ بِإِخْرَاجِ السَّبْقِ .

٢٢٤٥ - مسألة : (وَإِنْ شَرَطًا إَصَابَةً مَوْضِعٍ مِنَ الْغَرَضِ ،
كَالدَّائِرَةِ فِيهِ ، تَقَيَّدَ بِهِ) لِمَا ذَكَرْنَا .

(الرَّابِعُ ، مَعْرِفَةُ قَدْرِ الْغَرَضِ ؛ طُولُهُ ، وَعَرْضُهُ ، وَسُمْكُهُ ، وَارْتِفَاعُهُ
مِنَ الْأَرْضِ) الْغَرَضُ مَا يُقْصَدُ إَصَابَتُهُ ؛ مِنْ قِرْطَاسٍ أَوْ جِلْدٍ أَوْ خَشَبٍ
أَوْ قَرَعٍ أَوْ غَيْرِهِ ، سُمِّيَ غَرَضًا ؛ لِأَنَّهُ يُقْصَدُ ، وَيُسَمَّى شَارَةً وَشَنًّا . قَالَ
الْأَزْهَرِيُّ^(١) : مَا نُصِبَ فِي الْهَدَفِ فَهُوَ الْقِرْطَاسُ ، وَمَا نُصِبَ فِي الْهَوَاءِ
فَهُوَ الْغَرَضُ . وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ قَدْرُهُ مَعْلُومًا بِالْمُشَاهَدَةِ ، أَوْ بِتَقْدِيرِهِ بِشَيْءٍ
أَوْ نَحْوِهِ ، بِحَسَبِ الشَّرْطِ ، فَإِنَّ الْإِصَابَةَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ صِغَرِهِ وَكِبَرِهِ ،
وَعِلَظِهِ وَرِقَّتِهِ ، فَوَجَبَ اعْتِبَارُ ذَلِكَ .

٢٢٤٦ - مسألة : (وَإِنْ تَشَاحَا فِي الْمُبْتَدِئِ) مِنْهُمَا (أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا .
وَقِيلَ : يُقَدَّمُ مَنْ لَهُ مَزِيَّةٌ بِإِخْرَاجِ السَّبْقِ) (لِأَنَّهُ تَمَيَّزَ بِذَلِكَ^(٢)) . وَجُمْلَةٌ

قوله : وَإِنْ تَشَاحَا فِي الْمُبْتَدِئِ بِالرَّمْيِ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا - هذا المذهب ، وعليه
أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» وَغَيْرِهِ -
وَقِيلَ : يُقَدَّمُ مَنْ لَهُ مَزِيَّةٌ بِإِخْرَاجِ السَّبْقِ ، اخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَاخْتَارَ فِي

(١) في : تهذيب اللغة ٧/٨ ، ٣٩٠/٩ .

(٢-٢) سقط من : ر ١ ، م .

وَإِذَا بَدَأَ أَحَدُهُمَا فِي وَجْهِهِ ، بَدَأَ الْآخَرُ فِي الثَّانِي .

الشرح الكبير

ذلك ، أَنَّهُ لَا بُدَّ فِي الْمُنَاضَلَةِ مِنْ أَنْ يَتَبَدَّى أَحَدُهُمَا بِالرَّمْيِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَوْ رَمَيَا مَعًا أَفْضَى إِلَى الْاِخْتِلَافِ ، وَلَمْ يُعْرِفِ الْمُصِيبُ مِنْهُمَا . فَإِنْ كَانَ الْمُخْرِجُ أَجْنَبِيًّا ، قُدِّمَ مَنْ يَخْتَارُهُ مِنْهُمَا ، فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ وَتَشَاحَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، لِأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي اسْتِحْقَاقِ هَذَا ، فَصَارَ إِلَى الْقُرْعَةِ ، كَمَا لَوْ تَنَازَعَ الْمُتَقَاسِمَانِ فِي اسْتِحْقَاقِ سَهْمٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ فِي الْمُتَبَدَّى بِالْأَخْذِ . وَأَيُّهُمَا كَانَ أَحَقَّ بِالتَّقْدِيمِ فَبَدَّرَهُ الْآخَرُ فَرَمَى ، لَمْ يُعْتَدَّ لَهُ بِسَهْمِهِ ، أَصَابَ أَمْ أَخْطَأَ .

٢٢٤٧ - مسألة : (وَإِذَا بَدَأَ أَحَدُهُمَا فِي وَجْهِهِ ، بَدَأَ الْآخَرُ فِي الثَّانِي)
تَعْدِيلًا بَيْنَهُمَا . فَإِنْ شَرَطَا الْبِدَاءَةَ لِأَحَدِهِمَا فِي كُلِّ الْوُجُوهِ ، لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّ مَوْضِعَ الْمُنَاضَلَةِ عَلَى الْمُسَاوَاةِ ، وَهَذَا تَفَاضُلٌ ، فَإِنْ فَعَلَا ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ بِرِضَاهُمَا ، جَاز ؛ لِأَنَّ الْبِدَاءَةَ لَا أَثَرَ لَهَا فِي الْإِصَابَةِ ، وَلَا فِي جَوْدَةِ الرَّمْيِ . وَإِنْ شَرَطَا أَنْ يَتَبَدَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ (١) وَجْهَيْنِ مُتَوَالِيَيْنِ ، جَاز ؛ لِتَسَاوِيِهِمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ اشْتِرَاطُ الْبِدَاءَةِ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ ذِكْرُنَا غَيْرَ لَازِمٍ ، وَلَا يُؤَثِّرُ فِي الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا أَثَرَ لَهُ فِي تَجْوِيدِ رَمْيٍ ، وَلَا كَثْرَةِ إِصَابَةٍ ، وَكَثِيرٌ مِنَ الرُّمَاقِ يَخْتَارُ التَّأَخَّرَ عَلَى الْبِدَايَةِ ، فَيَكُونُ وُجُودُ هَذَا الشَّرْطِ كَعَدَمِهِ . وَإِذَا رَمَى الْبَادِي بِسَهْمٍ ، رَمَى الثَّانِي بِسَهْمٍ كَذَلِكَ ،

الإِنصَافُ

« التَّرْغِيبِ » ، أَنَّهُ يُعْتَبَرُ ذِكْرُ الْمُتَبَدَّى مِنْهُمَا .

(١) سقط من : م .

وَالسُّنَّةُ أَنْ يَكُونَ لَهُمَا غَرَضَانِ ، إِذَا بَدَأَ أَحَدُهُمَا بِغَرَضٍ ، بَدَأَ الْآخَرُ
بِالْثَّانِي .

حتى يَقْضِيَا رَمِيَّيَهُمَا ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْمُنَاصَلَةِ يَقْتَضِي الْمُرَاسَلَةَ ، وَلِأَنَّهُ أَقْرَبُ
إِلَى التَّسَاوِي ، وَأَنْجَزُ لِلرَّمْيِ ، لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يُضْلِحُ قَوْسَهُ ^(١) وَيَعْدِلُ سَهْمَهُ
حَتَّى يَرْمِيَ الْآخَرَ . وَإِنْ رَمَيَا سَهْمَيْنِ سَهْمَيْنِ ، فَحَسَنٌ . وَإِنْ اشْتَرَطَا أَنْ
يَرْمِيَ أَحَدُهُمَا رِشْقَهُ ، ثُمَّ يَرْمِيَ الْآخَرَ ، أَوْ يَرْمِيَ أَحَدُهُمَا عَدَدًا ، ثُمَّ يَرْمِيَ
الْآخَرَ مِثْلَهُ ، جَاز ؛ لِأَنَّهُ [٢٥٦/٤] لَا يُؤْثِّرُ فِي مَقْصُودِ الْمُنَاصَلَةِ ، وَإِنْ
خَالَفَ مُقْتَضَى الْإِطْلَاقِ ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ فِي الْبَيْعِ مَا لَا يَقْتَضِيهِ
الْإِطْلَاقُ مِنَ التَّقْوَدِ وَالْخِيَارِ وَالْأَجَلِ ، لَمَّا كَانَ غَيْرَ مَانِعٍ مِنَ الْمَقْصُودِ .

٢٢٤٨ - مسألة : (وَالسُّنَّةُ أَنْ يَكُونَ لَهُمَا غَرَضَانِ) يَرْمِيَانِ
أَحَدَهُمَا ، ثُمَّ يَمْضِيَانِ إِلَيْهِ ، فَيَأْخُذَانِ السَّهْمَ يَرْمِيَانِ الْآخَرَ ؛ لِأَنَّ هَذَا كَانَ
فِعْلَ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَقَدْ رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَا
بَيْنَ الْغَرَضَيْنِ رَوْضَةٌ مِنْ رِيَاضِ الْجَنَّةِ » ^(١) . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ التَّيْمِيُّ :
رَأَيْتُ حُدَيْفَةَ يَشْتَدُّ بَيْنَ الْهَدَفَيْنِ يَقُولُ : أَنَا بَهَا ^(٢) . فِي قَمِيصٍ . وَعَنْ ابْنِ
عُمَرَ مِثْلُ ذَلِكَ ^(٣) . وَالْهَدَفُ مَا يُنْصَبُ الْغَرَضُ عَلَيْهِ ؛ إِمَّا تُرَابٌ

(١) في م : « فرسه » .

(٢) أخرجه الدليمي ، في مسند فردوس الأخبار ٦١/٢ بلفظ : « تعلموا الرمي فإن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة » .

(٣) بعده في م : « أنا بها » .

(٤) تقدم الأثران في صفحة ١١ .

مَجْمُوعٌ ، أَوْ حَائِطٌ . وَيُرَوَّى أَنَّ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَانُوا يَسْتَدُون بَيْنَ الْأَغْرَاضِ يَضْحَكُ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ ، فَإِذَا جَاءَ اللَّيْلُ كَانُوا رُهْبَانًا . فَإِنْ جَعَلُوا غَرَضًا وَاحِدًا ، جَاز ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ بِهِ ، وَهُوَ عَادَةُ أَهْلِ عَصْرِنَا .

فصل : وَإِذَا تَشَاحَا فِي الْوُقُوفِ ، فَإِنْ كَانَ الْمَوْضِعُ الَّذِي طَلَبَهُ أَحَدُهُمَا أَوَّلَى ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ فِي أَحَدِ الْمَوْقِفَيْنِ ^(١) يَسْتَقْبِلُ الشَّمْسَ ، أَوْ رِيحًا يُؤْذِيهِ اسْتِقْبَالُهَا ، وَنَحْوَ ذَلِكَ ، وَالْآخَرُ يَسْتَدْبِرُهَا ، قَدَّمَ قَوْلَ مَنْ طَلَبَ اسْتِدْبَارَهَا ؛ لِأَنَّهُ الْعَرْفُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي شَرْطِهِمَا اسْتِقْبَالُ ذَلِكَ ، فَالشَّرْطُ أَوَّلَى ، كَمَا لَوْ اتَّفَقَا عَلَى الرَّمْيِ لَيْلًا . وَإِنْ كَانَ الْمَوْقِفَانِ سَوَاءً ، كَانَ ذَلِكَ إِلَى الَّذِي يَبْدَأُ ، فَيَتَّبِعُهُ الْآخَرُ ، فَإِذَا كَانَ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي ، وَقَفَ الثَّانِي حَيْثُ شَاءَ ، وَيَتَّبِعُهُ الْأَوَّلُ .

فصل : فَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا التَّطْوِيلَ وَالتَّشَاغُلَ عَنِ الرَّمْيِ بِمَا لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ ؛ مِنْ مَسْحِ الْقَوْسِ وَالْوَتَرِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، إِرَادَةَ التَّطْوِيلِ عَلَى صَاحِبِهِ ، لَعَلَّهُ يَنْسَى الْقَصْدَ الَّذِي أَصَابَ بِهِ أَوْ يَفْتَرُ ، مُنِعَ مِنْ ذَلِكَ ، وَطُولَبَ بِالرَّمْيِ ، وَلَا يُزْعَجُ بِالِاسْتِعْجَالِ بِالْكُلِّيَّةِ ، بِحَيْثُ يُمْنَعُ مِنْ تَحَرُّيِ الْإِصَابَةِ . وَيُمْنَعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْكَلَامِ الَّذِي يَغِيظُ بِهِ صَاحِبَهُ ، مِثْلَ أَنْ يَرْتَجَزَ ، وَيَفْتَخِرَ ، وَيَتَبَجَّحَ بِالْإِصَابَةِ ، وَيُعْتَفَّ صَاحِبُهُ عَلَى الْخَطَأِ ،

(١) فِي ر : « الْمَوْقِعَيْنِ » ، وَفِي ق : « الْمَرْفَقَيْنِ » .

وَإِذَا أَطَارَتِ الرِّيحُ الْغَرَضَ ، فَوَقَعَ السَّهْمُ مَوْضِعَهُ ، فَإِنْ كَانَ
شَرْطُهُمْ خَوَاصِلَ ، اخْتُسِبَ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ خَوَاصِقَ ، لَمْ يُحْتَسَبْ
لَهُ بِهِ [١٣٥ ط] وَلَا عَلَيْهِ .

أَوْ يُظْهِرُ^(١) أَنَّهُ يُعَلَّمُهُ . وهكذا الحاضرُ معهما ، مثلُ الأَمِينِ وَالشَّاهِدَيْنِ ،
يُكْرَهُ لَهُمْ مَذْحُ الْمُصِيبِ وَتَغْيِيفُ الْمُخْطِئِ وَزَجْرُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ كَسَرَ قَلْبِ
أَحَدِهِمَا وَغَيْظَهُ .

٢٢٤٩ - مسألة : (وَإِذَا أَطَارَتِ الرِّيحُ الْغَرَضَ ، فَوَقَعَ السَّهْمُ
مَوْضِعَهُ ، فَإِنْ كَانَ شَرْطُهُمَا خَوَاصِلَ ، اخْتُسِبَ) لَهُ (بِهِ) لِعِلْمِنَا أَنَّهُ لَوْ
كَانَ الْغَرَضُ فِي مَوْضِعِهِ أَصَابَهُ .

٢٢٥٠ [٢٥٦/٤ ط] - مسألة : (وَإِنْ كَانَ) شَرْطُهُمَا (خَوَاصِقَ ،
لَمْ يُحْتَسَبْ لَهُ بِهِ ، وَلَا عَلَيْهِ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّا لَا نَدْرِي هَلِ
يَتَّبَعُ فِي الْغَرَضِ إِنْ كَانَ مَوْجُودًا أَوْ لَا ؟ وَقَالَ الْقَاضِي : يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ كَانَتْ
صَلَابَةُ الْهَدَفِ كَصَلَابَةِ الْغَرَضِ ، فَتَبَتْ فِي الْهَدَفِ ، اخْتُسِبَ لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ

قوله : وَإِنْ أَطَارَتِ الرِّيحُ الْغَرَضَ ، فَوَقَعَ السَّهْمُ مَوْضِعَهُ ؛ فَإِنْ كَانَ شَرْطُهُمَا
خَوَاصِلَ ، اخْتُسِبَ بِهِ - بلا نزاع - وَإِنْ كَانَ خَوَاصِقَ ، لَمْ يُحْتَسَبْ لَهُ بِهِ وَلَا عَلَيْهِ .
هذا المذهب . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » . وَقَالَ الْقَاضِي : نَنْظُرُ ؛ فَإِنْ كَانَتْ صَلَابَةُ الْهَدَفِ كَصَلَابَةِ
الْغَرَضِ ، فَتَبَتْ فِي الْهَدَفِ ، اخْتُسِبَ لَهُ بِهِ ، وَإِلَّا فَلَا يُحْتَسَبُ لَهُ بِهِ وَلَا عَلَيْهِ .

(١) بعده في ر ، م : « له » .

الشرح الكبير

لو بَقِيَ مَكَانَهُ لَثَبَتْ فِيهِ ، كَثُوبَتِهِ فِي الْهَدَفِ ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ مَعَ التَّسَاوِي ، لَمْ يُحْتَسَبْ . وَإِنْ كَانَ الْهَدَفُ أَضْلَبَ فَلَمْ يَثْبُتْ فِيهِ ، أَوْ كَانَ رِخْوًا ، لَمْ يُحْتَسَبِ السَّهْمُ لَهُ وَلَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ هَلْ كَانَ يَثْبُتُ فِي الْعَرَضِ لَوْ بَقِيَ مَكَانَهُ أَوْ لَا ؟ وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فَإِنْ وَقَعَ السَّهْمُ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الْعَرَضِ ، احْتَسِبَ بِهِ عَلَى رَأْيِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَخْطَأَ ، وَلَوْ وَقَعَ فِي الْعَرَضِ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي طَارَ إِلَيْهِ ، حُسِبَ عَلَيْهِ أَيْضًا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ اتَّفَقَا عَلَى رَأْيِهِ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي طَارَ إِلَيْهِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا أَلْقَتْ الرِّيحُ الْعَرَضَ عَلَى وَجْهِهِ .

فصل : إِذَا كَانَ شَرْطُهُمَا خَوَاصِلَ ، فَأَصَابَ بِنَصْلِ السَّهْمِ ، حُسِبَ لَهُ كَيْفَ كَانَ ، فَإِنْ أَصَابَ بَعَرَضِهِ ، أَوْ بِفُوقِهِ ، نَحْوُ أَنْ يَنْقَلِبَ السَّهْمُ بَيْنَ يَدَيِ الْعَرَضِ ، فَيُصِيبُ فُوقَهُ الْعَرَضَ ، لَمْ يُعْتَدَ بِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ سَيِّئِ الْخَطَأِ . فَإِنْ انْقَطَعَ السَّهْمُ قِطْعَتَيْنِ ، فَأَصَابَتِ الْقِطْعَةُ الْأُخْرَى ، لَمْ يُعْتَدَ بِهِ . وَإِنْ كَانَ الْعَرَضُ جِلْدًا خِيطَ عَلَيْهِ شَنْبَرٌ كَشَنْبَرِ الْمُنْخَلِ ، وَجَعَلَا لَهُ عُرَى وَخُيُوطًا تَعْلَقُ بِهِ فِي الْعُرَى ، فَأَصَابَ الشَّنبَرَ أَوِ الْعُرَى ، نَظَرْتُ فِي شَرْطِهِمَا ؛ فَإِنْ شَرَطَا إصَابَةَ الْعَرَضِ ، اعْتُدَّ لَهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنَ الْعَرَضِ ، فَأَمَّا الْمَعَالِيقُ ، وَهِيَ الْخُيُوطُ ، فَلَا يُعْتَدُّ لَهُ بِإِصَابَتِهَا عَلَى كِلَا الشَّرْطَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنَ الْجِلْدَةِ وَلَا مِنَ الْعَرَضِ ، فَهِيَ كَالْهَدَفِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ شَرْطُهُمَا خَوَاصِقَ ، وَهُوَ مَا ثَقَبَ الْعَرَضَ وَثَبَتْ فِيهِ ، فَمَتَى أَصَابَ الْعَرَضَ بِنَصْلِهِ وَثَبَتْ فِيهِ ، احْتَسِبَ بِهِ . وَإِنْ خَدَشَهُ وَلَمْ يَثْقُبْهُ ،

لم يُحْتَسَبْ له ، وحُسِبَ عليه . وإن مَرَقَ منه ، احتُسِبَ له به ؛ لأنَّ ذلك لِقُوَّةِ رَمِيهِ ، فهو أَبْلَغُ مِنَ الخَاسِقِ ، وإن خَرَقَهُ وَوَقَعَ بَيْنَ يَدَيْهِ ، احتُسِبَ له به ، في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لَأَنَّهُ ثَقَبَ ثَقْبًا يَصْلُحُ لِلخَسَقِ ، وإنَّمَا لم يَثْبُتِ السَّهْمُ لِسَبَبٍ آخَرَ ، مِنْ سَعَةِ الثَّقَبِ أَوْ غَيْرِهِ . والثَّانِي ، لَا يُحْتَسَبُ له . وهو أَوْلَى ؛ لَأَنَّ الخَاسِقَ مَا ثَبَتَ ، وهذا لم يَثْبُتْ ، وثُبُوتُهُ يَكُونُ لِحَذَقِ الرَّامِي ، وَقَصْدِهِ بِرَمِيهِ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ امْتِنَاعُ السَّهْمِ مِنَ الثَّبُوتِ لَوْجُودِ مَا يَمْنَعُ الثَّبُوتَ ؛ مِنْ حَصَاةٍ ، أَوْ حَجَرٍ ، أَوْ عَظْمٍ ، أَوْ أَرْضٍ غَلِيظَةٍ ، ففِيهِ [٢٥٧/٤] الْوَجْهَانِ أَيْضًا ؛ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا لم يُحْتَسَبْ له ، لم يُحْتَسَبْ عليه ؛ لَكُونِ الْعَارِضِ مَنَعَهُ مِنَ الثَّبُوتِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ مَنَعَهُ عَارِضٌ مِنَ الْإِصَابَةِ . فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي وُجُودِ الْعَارِضِ ؛ فَإِنْ عُرِفَ مَوْضِعُ الثَّقَبِ بِاتِّفَاقِهِمَا أَوْ بَيِّنَةٍ ، نُظِرَ فِي الْمَوْضِعِ ؛ فَإِنْ لم يَكُنْ فِيهِ مَا يَمْنَعُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَا يَمْنَعُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدَّعِي ، بِغَيْرِ يَمِينٍ ؛ لِأَنَّ الْحَالَ تَشْهَدُ بِصِدْقِ مَا ادَّعَاهُ . وَإِنْ لم يَعْلَمَا مَوْضِعَ الثَّقَبِ ، إِلَّا أَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ خَرَقَ الْعَرَضَ ، ولم يَكُنْ وَرَاءَهُ شَيْءٌ 'يَمْنَعُ' ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ بِغَيْرِ يَمِينٍ أَيْضًا ؛ لَأَنَّهُ لَا مَانِعَ . وَإِنْ كَانَ وَرَاءَهُ مَا يَمْنَعُ ، وَادَّعَى الْمُصَابُ عَلَيْهِ أَنَّهُ لم يَكُنِ السَّهْمُ فِي مَوْضِعِ وَرَاءَهُ مَا يَمْنَعُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِصَابَةِ مَعَ احْتِمَالِ مَا يَقُولُهُ الْمُصِيبُ . وَإِنْ أَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ خَرَقَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ أَيْضًا مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

وَأِنْ عَرَضَ عَارِضٌ ؛ مِنْ كَسْرِ قَوْسٍ ، أَوْ قَطَعَ وَتَرَ ، أَوْ رِيحٍ الْمَقْنَعِ

الشرح الكبير

فصل : إذا شَرَطَا خَاسِقًا ، فَوَقَعَ السَّهْمُ فِي ثَقْبٍ فِي الْعَرَضِ ، أَوْ مَوْضِعٍ بِالِ ، فَتَقَبَّهَ وَثَبَّتَ فِي الْهَدَفِ مُعَلَّقًا فِي الْعَرَضِ ؛ فَإِنْ كَانَ الْهَدَفُ صُلْبًا كَصَلَابَةِ الْعَرَضِ ، حُسِبَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عُلِمَ أَنَّهُ لَوْ كَانَ الْعَرَضُ صَحِيحًا ، لَثَبَّتَ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ الْهَدَفُ تَرَابًا أَهِيلَ ، لَمْ يُحْتَسَبْ لَهُ وَلَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ هَلْ كَانَ يَثْبُتُ فِي الْعَرَضِ لَوْ أَصَابَ مَوْضِعًا مِنْهُ قَوِيًّا أَوْ لَا ؟ وَإِنْ صَادَفَ السَّهْمُ فِي ثَقْبٍ فِي الْعَرَضِ قَدْ ثَبَّتَ فِي الْهَدَفِ مَعَ قِطْعَةٍ مِنَ الْعَرَضِ ؛ فَقَالَ الرَّامِي : خَسَقْتُ ، وَهَذِهِ الْجِلْدَةُ قَطَعَهَا سَهْمِي لِشِدَّةِ الرَّمِيَةِ . فَأَنْكَرَ الْآخَرُ ، وَقَالَ : بَلْ كَانَتْ مَقْطُوعَةً . فَإِنْ عُلِمَ أَنَّ الْعَرَضَ كَانَ صَحِيحًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّامِي ، وَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهَا كَالَّتِي قَبْلَهَا ؛ إِنْ كَانَ الْهَدَفُ رِخْوًا (١) لَمْ يُعْتَدَّ بِهِ (٢) ، وَإِنْ كَانَ قَوِيًّا صُلْبًا اعْتُدَّ بِهِ . وَإِنْ وَقَعَ سَهْمُهُ فِي سَهْمٍ ثَابِتٍ فِي الْعَرَضِ ، اعْتُدَّ لَهُ بِهِ إِنْ كَانَ شَرْطُهُمَا خَوَاصِلَ ، وَإِنْ كَانَ خَوَاصِقَ ، لَمْ يُحْتَسَبْ لَهُ وَلَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ يَقِينًا أَنَّهُ لَوْ لَا فَوْقَ السَّهْمِ الثَّابِتِ لَخَسَقَ . وَإِنْ أَصَابَ السَّهْمُ ثُمَّ سَبَحَ عَنْهُ فَخَسَقَ ، اخْتُسِبَ لَهُ بِهِ .

٢٢٥١ - مسألة : (وَإِنْ عَرَضَ عَارِضٌ ؛ مِنْ كَسْرِ قَوْسٍ ، أَوْ

قوله : وَإِنْ عَرَضَ عَارِضٌ ؛ مِنْ كَسْرِ قَوْسٍ ، أَوْ قَطَعَ وَتَرَ ، أَوْ رِيحٍ شَدِيدَةٍ ، لَمْ يُحْتَسَبْ عَلَيْهِ بِالسَّهْمِ . ظَاهِرُهُ ، أَنَّهُ يُحْتَسَبُ لَهُ بِهِ إِنْ أَصَابَ . وَهُوَ أَحَدُ

(١ - ١) سقط من : الأصل ، تش ، م .

شَدِيدَةٍ ، لَمْ يُحْتَسَبْ عَلَيْهِ بِالسَّهْمِ .

الشرح الكبير

قَطَعَ وَتَرَ ، أَوْ رِيحٍ شَدِيدَةٍ ، لَمْ يُحْتَسَبْ عَلَيْهِ بِالسَّهْمِ (إِذَا أَخْطَأَ لِعَارِضٍ مِمَّا ذَكَرْنَا ، أَوْ حَيَوَانٍ اعْتَرَضَ بَيْنَ يَدَيْهِ ، أَوْ رِيحٍ شَدِيدَةٍ تَرُدُّ السَّهْمَ عَرَضًا ، لَمْ يُحْتَسَبْ عَلَيْهِ بِذَلِكَ السَّهْمِ ؛ لِأَنَّ خَطَأَهُ لِلْعَارِضِ ، لَا لِسُوءِ رَمِيهِ . قَالَ الْقَاضِي : وَلَوْ أَصَابَ لَمْ يُحْتَسَبْ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُحْتَسَبْ عَلَيْهِ ، لَمْ يُحْتَسَبْ لَهُ ؛ لِأَنَّ الرِّيحَ الشَّدِيدَةَ كَمَا يَجُوزُ أَنْ تَصْرِفَ الرَّمْيَ الشَّدِيدَ فَيُخْطِئُ ، يَجُوزُ أَنْ تَصْرِفَ السَّهْمَ الْمُخْطِئُ عَنْ خَطْئِهِ فَيَقَعَ مُصِيبًا ، فَتَكُونُ إِصَابَتُهُ بِالرِّيحِ ، لَا بِحِذْقِ رَمِيهِ . فَأَمَّا إِنْ وَقَعَ السَّهْمُ فِي حَائِلٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَرَضِ فَمَرَقَهُ وَأَصَابَ الْعَرَضَ ، حُسِبَ لَهُ ؛ لِأَنَّ إِصَابَتَهُ لِسَدَادٍ [٢٥٧/٤] رَمِيهِ ، وَمُرُوقَهُ لِقُوَّتِهِ ، فَهُوَ أَوْلَى مِنْ غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَتْ الرِّيحُ لَيِّنَةً لَا تَرُدُّ السَّهْمَ عَادَةً ، لَمْ يُمْنَعْ ؛ لِأَنَّ الْجَوَّ لَا يَخْلُو مِنْ رِيحٍ ، وَلِأَنَّ الرِّيحَ اللَّيِّنَةَ لَا تُؤَثِّرُ إِلَّا فِي الرَّمْيِ الرَّخْوِ الَّذِي لَا يُنْتَفَعُ بِهِ .

فصل : إِذَا قَالَ رَجُلٌ لآخرَ : ازِمِ هَذَا السَّهْمَ ، فَإِنْ أَصَبْتَ بِهِ فَلَكَ

الإنصاف

الأَوْجُه . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَطَعَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ بِالسَّهْمِ ، إِنْ أَخْطَأَ . وَقِيلَ : لَا يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ ، وَلَا لَهُ . هُوَ الْمَذْهَبُ ، اخْتَارَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَهَذَا أَشْهَرُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَإِنْ عَرَضَ لِأَحَدِهِمَا كَسْرُ قَوْسٍ ، أَوْ قَطْعُ وَتَرٍ ، أَوْ رِيحٌ فِي يَدِهِ . أَوْ رَدَّتْ سَهْمُهُ عَرَضًا ، فَأَصَابَ ، حُسِبَ لَهُ ، وَإِلَّا فَلَا . وَقِيلَ : بَلَى .

دِرْهَمٌ . صَحَّ ، وَكَانَ جَعَالَةً ؛ لِأَنَّهُ بَذَلَ مَالًا فِي فِعْلٍ لَهُ فِيهِ غَرَضٌ^(١) صَحِيحٌ ، وَلَمْ يَكُنْ نِضَالًا ؛ لِأَنَّ النَّضَالَ يَكُونُ بَيْنَ اثْنَيْنِ أَوْ جَمَاعَةٍ عَلَى أَنْ يَرْمُوا جَمِيعًا ، وَيَكُونُ الْجُعْلُ لِبَعْضِهِمْ إِذَا كَانَ سَابِقًا . وَإِنْ قَالَ : إِنْ أَصَبْتَ بِهِ فَلَكَ دِرْهَمٌ ، وَإِنْ أَخْطَأْتَ فَعَلَيْكَ دِرْهَمٌ^(٢) . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهُ قِمَارٌ . وَإِنْ قَالَ : أَرَمَ عَشْرَةَ أَسْهُمٍ ، فَإِنْ كَانَ صَوَائِكَ أَكْثَرَ مِنْ خَطْئِكَ ، فَلَكَ دِرْهَمٌ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْجُعْلَ فِي مُقَابَلَةِ إِصَابَةِ مَعْلُومَةٍ ، فَإِنْ أَكْثَرَ الْعَشْرَةَ أَقْلَهُ سِتَّةٌ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مَجْهُولًا ؛ لِأَنَّهُ بِالْأَقْلِ يَسْتَحِقُّ الْجُعْلَ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ كَانَ صَوَائِكَ أَكْثَرَ ، فَلَكَ بِكُلِّ سَهْمٍ أَصَبْتَ بِهِ دِرْهَمٌ . صَحَّ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : أَرَمَ عَشْرَةَ وَلَكَ بِكُلِّ سَهْمٍ أَصَبْتَ بِهِ مِنْهَا دِرْهَمٌ . أَوْ قَالَ : فَلَكَ بِكُلِّ سَهْمٍ زَائِدٍ عَلَى النِّصْفِ مِنَ الْمُصِيبَاتِ دِرْهَمٌ^(٣) . لِأَنَّ الْجُعْلَ مَعْلُومٌ بِتَقْدِيرِهِ بِالْإِصَابَةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : اسْتَقِ لِي مِنْ هَذَا الْبَيْتِ ، وَلَكَ بِكُلِّ دَلْوٍ تَمَرَةٌ . أَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدًا مِنْ عِبِيدِي ، فَلَهُ بِكُلِّ عَبْدٍ دِرْهَمٌ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ كَانَ خَطْؤُكَ أَكْثَرَ ، فَعَلَيْكَ دِرْهَمٌ . أَوْ نَحْوَ هَذَا ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ قِمَارٌ . وَإِنْ قَالَ : أَرَمَ عَشْرَةَ ، فَإِنْ أَخْطَأْتُهَا فَعَلَيْكَ دِرْهَمٌ . أَوْ نَحْوَ هَذَا ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الْجُعْلَ يَكُونُ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلٍ ، وَلَمْ يُوجَدْ مِنَ الْمُقَابِلِ^(٤) عَمَلٌ فَيَسْتَحِقُّ بِهِ شَيْئًا . وَكَذَلِكَ^(٥) لَوْ قَالَ الرَّامِي لِأَجْنَبِي :

(١) فِي الْأَصْلِ : « نَفْع » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « صَح » .

(٤) فِي تَش ، ر ، م : « الْقَابِل » . وَفِي ق : « الْقَاتِل » .

(٥) فِي م : « وَلِذَلِكَ » .

المقنع وَإِنْ عَرَضَ مَطَرٌ أَوْ ظُلْمَةٌ ، جَازَ تَأْخِيرُ الرَّمْيِ .

الشرح الكبير إِنْ أَخْطَأْتَ فَلَكَ دِرْهَمٌ . لَمْ يَجُزْ ؛ لَذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَا أَنْ يَرْمِيَا أَرْشَاقًا كَثِيرَةً ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ عَلَى الْقَلِيلِ جَازَ عَلَى الْكَثِيرِ ، وَلَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً . فَإِنْ شَرَطَا أَنْ يَرْمِيَا مِنْهَا كُلَّ يَوْمٍ قَدْرًا اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ فِي ذَلِكَ صَحِيحٌ ، فَإِنَّهُمَا أَوْ أَحَدَهُمَا قَدْ يَضْعُفُ عَنِ الرَّمْيِ كُلَّهُ مَعَ حِذْقِهِ . وَإِنْ أَطْلَقَا الْعَقْدَ ، جَازَ ، وَحُمِلَ عَلَى التَّعْجِيلِ وَالْحُلُولِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ ، فَيَرْمِيَانِ مِنَ أَوَّلِ النَّهَارِ إِلَى آخِرِهِ ، إِلَّا أَنْ يَعْزِضَ عُذْرٌ يَمْنَعُ ؛ مِنْ مَرَضٍ ، أَوْ عُذْرٍ ، كَرِيحٍ تَشْوِشُ السَّهَامَ ، أَوْ لِحَاجَةٍ إِلَى طَعَامٍ أَوْ شَرَابٍ أَوْ صَلَاةٍ أَوْ قَضَاءٍ حَاجَةٍ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ مُسْتَثْنَاءٌ بِالْعُرْفِ . وَإِذَا جَاءَ اللَّيْلُ تَرَكَاهُ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ تَرُكُ الرَّمْيَ بِاللَّيْلِ ، فَحُمِلَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ مَعَ الْإِطْلَاقِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَاهُ لَيْلًا ، فَيَلْزَمَ . فَإِنْ كَانَتِ اللَّيْلَةُ مُقْمِرَةً مُنِيرَةً ، اكْتَفَى بِذَلِكَ ، وَإِلَّا رَمَيَا فِي ضَوْءِ شَمْعَةٍ أَوْ مِشْعَلٍ .

٢٢٥٢ - مسألة : (وَإِنْ عَرَضَ مَطَرٌ أَوْ ظُلْمَةٌ ، جَازَ تَأْخِيرُ الرَّمْيِ) لِأَنَّ الْمَطَرَ يُرْخِي الْوَتَرَ وَيُفْسِدُ الرِّيشَ . وَإِنْ عَرَضَ ظُلْمَةٌ ، كَمَجِيءِ اللَّيْلِ ، تَرَكَ الرَّمْيَ إِلَى الْعَدِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ الرَّمْيُ نَهَارًا ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَا الرَّمْيَ لَيْلًا ، فَيَأْخُذُ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بِذَلِكَ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ [٢٥٨/٤] فِي الْفَصْلِ قَبْلَهُ .

وَيُكْرَهُ لِلْأَمِينِ وَالشُّهُودِ مَذْحُ أَحَدِهِمَا؛ لِمَا فِيهِ مِنْ كَسْرِ قَلْبٍ ^{المقنع} صَاحِبِهِ .

٢٢٥٣ - مسألة ^(١) : (وَيُكْرَهُ لِلْأَمِينِ وَالشُّهُودِ مَذْحُ أَحَدِهِمَا) ^{الشرح الكبير} وَزَهْرَهْتُهُ ^(٢) إِذَا أَصَابَ ، وَعَيْبُهُ إِذَا أَخْطَأَ (لِمَا فِيهِ مِنْ كَسْرِ قَلْبٍ صَاحِبِهِ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ .

قوله : وَيُكْرَهُ لِلْأَمِينِ وَالشُّهُودِ مَذْحُ أَحَدِهِمَا ، لِمَا فِيهِ مِنْ كَسْرِ قَلْبٍ صَاحِبِهِ . ^{الإنصاف} هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطع به في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المغني » ، و « الشرح » ، و « الوجيز » ، وغيرهم . وقدمه في « الفروع » . وقيل : يَحْرُمُ . اختاره ابنُ عَقِيلٍ . قلتُ : وهو قَوِيٌّ فِي النَّظَرِ . وقال في « الفروع » : وَتَوَجَّهَ الْجَوَازُ فِي مَذْحِ الْمُصِيبِ ، وَالكَرَاهَةُ فِي عَيْبِ غَيْرِهِ . قال : وَتَوَجَّهَ فِي شَيْخِ الْعِلْمِ وَغَيْرِهِ ، مَذْحُ الْمُصِيبِ مِنَ الطَّلَبَةِ ، وَعَيْبُ غَيْرِهِ كَذَلِكَ . انتهى . قلتُ : إِنْ كَانَ مَذْحُهُ يُفْضِي إِلَى تَعَاظُمِ الْمَمْدُوحِ ، أَوْ كَسْرِ قَلْبِ غَيْرِهِ ، قَوِيَّ التَّحْرِيمِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ تَحْرِيطٌ عَلَى الْإِسْتِغَالِ ، وَنَحْوِهِ ، قَوِيَّ الْإِسْتِحْبَابِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١) سقط من : تش ، م .

(٢) أى : جعله يَحْتَالُ بنفسه .

كِتَابُ الْعَارِيَّةِ

كِتَابُ الْعَارِيَّةِ

[٢٥٨/٤ ظ] وهى مُشْتَقَّةٌ مِنْ عَارَ الشَّيْءِ : إِذَا ذَهَبَ وَجَاءَ . وَمِنْهُ قِيلَ لِلْبَطَّالِ : عَيَّارٌ ؛ لِتَرَدُّدِهِ فِي بَطَالَتِهِ . وَالْعَرَبُ تَقُولُ : أَعَارَهُ وَعَارَهُ . مِثْلَ أَطَاعَهُ وَطَاعَهُ . وَهِيَ إِبَاحَةُ الْإِنْتِفَاعِ بِعَيْنٍ مِنْ أَعْيَانِ الْمَالِ . وَالْأَصْلُ فِيهَا الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَالْإِجْمَاعُ ؛ أَمَا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ ^(١) . رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ مَسْعُودٍ قَالَا : الْعَوَارِيُّ . وَفَسَّرَهَا ابْنُ مَسْعُودٍ ، قَالَ : الْقَدْرُ وَالْمِيزَانُ وَالذَّلُّ . وَأَمَا السُّنَّةُ فَرَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ فِي خُطْبَتِهِ فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ : « الْعَارِيَّةُ مُوَدَّةٌ ، وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ ، وَالِدَيْنُ مَقْضِيٌّ ، وَالزَّرْعِيمُ غَارِمٌ » ^(٢) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . وَرَوَى صَفْوَانُ بْنُ أُمَيَّةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَعَارَ مِنْهُ أَدْرَاعًا يَوْمَ حُنَيْنٍ ، فَقَالَ : أَغْضَبَا يَا مُحَمَّدُ ؟ قَالَ : « بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٣) . وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى جَوَازِ الْعَارِيَّةِ وَاسْتِحْبَابِهَا . وَلَأنَّهُ لَمَّا جَازَتْ هِبَةُ الْأَعْيَانِ ، جَازَتْ هِبَةُ الْمَنَافِعِ ، وَلِذَلِكَ

كِتَابُ الْعَارِيَّةِ

(١) سورة الماعون ٧ .

(٢) تقدم تحريجه في ٦/١٣ .

(٣) في : باب في تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٥/٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٠١/٣ ، ٤٦٥/٦ .

صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِالْأَعْيَانِ وَالْمَنَافِعِ جَمِيعًا . وَهِيَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهَا غَيْرُ وَاجِبَةٍ
فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقِيلَ : هِيَ وَاجِبَةٌ ؛ لِلآيَةِ ، وَلِمَا رَوَى أَبُو
هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَا مِنْ صَاحِبِ إِبِلٍ لَا يُؤَدِّي حَقَّهَا » .
الْحَدِيثُ . قِيلَ : يَارَسُولَ اللَّهِ ، وَمَا حَقُّهَا ؟ قَالَ : « إِعَارَةُ دَلْوِهَا ، وَإِطْرَاقُ
فَحْلِهَا ، وَمِنْحَةُ لَبْنِهَا يَوْمَ وُرُودِهَا » ^(١) . فَذَمَّ اللَّهُ تَعَالَى مَانِعَ الْعَارِيَةِ ،
وَتَوَعَّدَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِمَا ذَكَرَهُ فِي خَبَرِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا
أَدَيْتَ زَكَاةَ مَالِكَ فَقَدْ قَضَيْتَ مَا عَلَيْكَ » . رَوَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ ^(٢) . وَرَوَى
عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَيْسَ فِي الْمَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ » ^(٣) . وَفِي
حَدِيثِ الْأَعْرَابِيِّ الَّذِي سَأَلَ النَّبِيَّ ﷺ : مَاذَا فَرَضَ اللَّهُ عَلَيَّ مِنَ الصَّدَقَةِ ؟
أَوْ قَالَ : « الزَّكَاةِ » . قَالَ : هَلْ عَلَيَّ غَيْرُهَا ؟ قَالَ : « لَا ، إِلَّا أَنْ تَتَطَوَّعَ
شَيْئًا » ^(٤) . أَوْ كَمَا قَالَ . وَالْآيَةُ فَسَّرَهَا ابْنُ عُمَرَ وَالْحَسَنُ بِالزَّكَاةِ ،
وَكَذَلِكَ زَيْدُ بْنُ أَسْلَمَ . وَقَالَ عِكْرِمَةُ : إِذَا جَمَعَ ثَلَاثَتُهَا فَلَهُ الْوَيْلُ ، إِذَا

- (١) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ إِثْمِ مَانِعِ الزَّكَاةِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٦٨٤/٢ ، ٦٨٥ . وَالنَّسَائِيُّ ،
فِي : بَابِ مَانِعِ زَكَاةِ الْبَقَرِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . الْمَجْتَبَى ١٨/٥ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ لَمْ يُؤَدِّ زَكَاةَ الْإِبِلِ
وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٣٧٩/١ ، ٣٨٠ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٢١/٣ .
وَلَمْ يَرْوِهِ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِ هَذِهِ الْمَصَادِرِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ بِهَذَا اللَّفْظِ إِلَّا مَا رَوَاهُ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ . وَانْظُرْ مُصَنِّفُ
عَبْدُ الرَّزَاقِ ٢٦/٤ - ٣٠ . وَالْفَتْحُ الرَّبَاعِيُّ ١٩٨/٨ ، ١٢٨/١٥ ، ١٢٩ . وَإِرْوَاءُ الْغَلِيلِ ٣٤٦/٥ ، ٣٤٧ .
(٢) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ إِذَا أَدَيْتَ الزَّكَاةَ فَقَدْ قَضَيْتَ مَا عَلَيْكَ ، مِنْ أَبْوَابِ الزَّكَاةِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ
٩٧ / ٣ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَا أَدَى زَكَاتِهِ لَيْسَ بِكَتَرٍ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ١ / ٥٧٠ .
(٣) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي ١٤٦/٧ .
(٤) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي ١٢٦/٣ .

وَهِيَ هِبَةٌ مُنْفَعَةٌ ، تَجُوزُ فِي كُلِّ الْمَنَافِعِ إِلَّا مَنَافِعَ الْبُضْعِ .
المقنع

الشرح الكبير

سَهَا عَنْ الصَّلَاةِ وَرَأَى وَمَنَعَ الْمَاعُونِ .

فصل : وَلَا تَجُوزُ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي الْمَالِ ، أَشْبَهَ الْبَيْعِ . وَتَتَعَقَّدُ بِكُلِّ لَفْظٍ أَوْ فِعْلٍ يَدُلُّ عَلَيْهَا ؛ كَقَوْلِهِ : أَعَرْتُكَ هَذَا . أَوْ يَدْفَعُ إِلَيْهِ شَيْئًا وَيَقُولُ : أَبَحْتُكَ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ . أَوْ : خُذْ هَذَا فَانْتَفِعْ بِهِ . أَوْ يَقُولُ : أَعَرْنِي هَذَا . أَوْ : أَعْطِنِيهِ أَرْكَبَهُ ، أَوْ أَحْمِلْ عَلَيْهِ . فَيُسَلِّمُهُ (١) إِلَيْهِ . وَأَشْبَاهُ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ إِبَاحَةٌ لِلتَّصَرُّفِ ، فَصَحَّ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ الدَّلَالُ عَلَيْهِ ، كإِبَاحَةِ الطَّعَامِ بِقَوْلِهِ وَتَقْدِيمِهِ إِلَى الضَّيْفِ .

٢٢٥٤ - مسألة : (وَهِيَ هِبَةٌ مُنْفَعَةٌ ، تَجُوزُ فِي كُلِّ الْمَنَافِعِ إِلَّا مَنَافِعَ الْبُضْعِ) تَجُوزُ إِعَارَةُ كُلِّ عَيْنٍ يُنْتَفَعُ بِهَا مُنْفَعَةٌ مُبَاحَةٌ مَعَ بَقَائِهَا عَلَى الدَّوَامِ ؛ كَالدُّورِ ، وَالْعَبِيدِ ، وَالْجَوَارِي ، وَالذَّوَابِّ ، وَالثِّيَابِ ، وَالْحُلِيِّ لِلْبَيْسِ ، وَالْفَحْلِ لِلضَّرَابِ ، وَالْكَلْبِ لِلصَّيْدِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ

قوله : وَهِيَ هِبَةٌ مُنْفَعَةٌ . هَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْهَادِي » ، وَ « الْمَذْهَبِ الْأَحْمَدِي » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « إِذْرَاكَ الْغَايَةِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنَّهَا إِبَاحَةٌ مُنْفَعَةٌ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَصَاحِبُ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَمْسُّ بِالْمَذْهَبِ . وَقَالَ : اخْتَارَهُ غَيْرُ وَاحِدٍ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ يَسْلِمُهُ » .

النبي ﷺ استعار أذراعا ، وذكر إعاره دلوها وفحلها . وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان ، [٢٥٩/٤] فثبت الحكم في هذه الأشياء ، وما عداها يقاس عليها إذا كان في معناها . ولأن ما جاز للمالك استيفاءه من المنافع ، ملك إباحته إذا لم يمنع منه مانع ، كالثياب . ويجوز استعاره الدراهم والدنانير للوزن ، فإن استعارها ليئفقتها ، فهو قرض . وهذا قول أصحاب الرأي . وقيل : لا يجوز ذلك ، ولا تكون العارية في الدنانير ،

وقدّمه في « المستوعب » ، و « الرعية الكبرى » . وأطلقهما في « النظم » ، و « الفروع » . قال الحارثي : ويدخل على الأول الوصية بالمنفعة ، وليس بإعارة . وقال : الفرق بين القولين ، أن الهبة تملك يستفيد به التصرف في الشيء ، كما يستفيد فيه بعقد المعاوضة . والإباحة : رفع الحرج عن تناول ما ليس مملوكا له . [١٨٢/٢ ط] . فالتناول مستند إلى الإباحة ، وفي الأول مستند إلى الملك . وقال في تعليل الوجه الثاني : فإن المنفعة لو ملكت بمجرد الإعارة ، لاستقلّ المستعير بالإجارة والإعارة ، كما في المنفعة المملوكة بعقد الإجارة .

تنبيه : قال الحارثي : تعريف المصنف للعارية بما قال ، توسّع لا يحسن استعماله في هذا المقام ؛ إذ « الهبة » ، مصدر ، والمصادر ليست أعيانا . والعارية نفس العين ، وليست بمعنى الفعل . قال : والأولى إيراد التعريف على لفظ « الإعارة » ، فيقال : الإعارة هبة منفعة .

قوله : تجوز في كل المتافع إلا منافع البضع . هذا الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب في الجملة . وجزم به في « الهداية » ، و « الفصول » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « التلخيص » ،

الشرح الكبير

وليس له أن يشتري بها شيئاً . ولنا ، أن هذا معنى القرض ، فأنعقد القرض به ، كما لو صرح به . فأما منافع البضع فلا تستباح بالبذل ولا بالإباحة إجماعاً ، وإنما يباح بأحد شيئين ؛ الزوجية ، وملك اليمين ، قال الله سبحانه : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأُفْرُوجِهِمْ حَفِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنْ أَتَبَعَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾ (١) . ولأن منافع البضع لو أبيحت بالبذل والعارية لم يحرم الزنى ؛ لأن الزانية تبذل نفسها (٢) له ، والزاني مثلها .

وغيرهم . وقدمه في « الفروع » وغيره . وقيل : لا يجوز إعاره كلب الصيد ، وفحل الضراب . اختاره ابن عقيل . ونسبه الحارثي إلى « التذكرة » ، ولم أره ، فيها ، في هذا الباب . وقيل : لا يجوز إعاره أمة شابة لغير محرم ، وامرأة . جزم به في « التبصرة » ، و « الكافي » ، و « الوجيز » ، و « شرح ابن رزين » . وقيل : تجب العارية مع غنى المالك . واختاره الشيخ تقي الدين .

فوائد ؛ الأولى ، تجب إعاره المصحف لمن احتاج إلى القراءة فيه ، ولم يجد غيره . نقله القاضي في « الجامع الكبير » . وخرجه ابن عقيل في كُتب للمحتاج إليها ؛ من القضاة والحكام ، وأهل الفتاوى ، وأن ذلك واجب . نقله في « القاعدة التاسعة والتسعين » . الثانية ، يحرم إعاره ما يحرم استعماله لمحرّم . فهذا التحريم لعارض . الثالثة ، يشترط فيها كون العين منتفعا بها ، مع بقاء عينها . واستثنى الحارثي جواز إعاره العنز وشبهها لأخذ لبنها ، للنص الوارد في ذلك ، وعمله .

(١) سورة المؤمنون : ٥ - ٧ ، سورة الماعج : ٢٩ - ٣١ .

(٢) في م : « نفعها » .

وَلَا تَجُوزُ إِعَارَةُ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ لِكَافِرٍ . وَتُكْرَهُ إِعَارَةُ الْأَمَةِ الشَّابَّةِ
لِرَجُلٍ غَيْرِ مُحَرَّمِهَا ،

٢٢٥٥ - مسألة : (وَلَا تَجُوزُ إِعَارَةُ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ لِكَافِرٍ) لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَمَكُّنُهُ مِنْ اسْتِخْدَامِهِ ، فَلَمْ تَجُزْ عَارِيَّتُهُ لَذَلِكَ . وَلَا تَجُوزُ إِعَارَةُ الصَّيْدِ الْمُحَرَّمِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ إِمْسَاكُهُ .

٢٢٥٦ - مسألة : (وَتُكْرَهُ إِعَارَةُ الْأَمَةِ الشَّابَّةِ لِرَجُلٍ غَيْرِ مُحَرَّمِهَا) إِنْ كَانَ يَخْلُو بِهَا ، أَوْ ^(١) يَنْظُرُ إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ عَلَيْهَا . فَإِنْ

قوله : وَلَا تَجُوزُ إِعَارَةُ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ لِكَافِرٍ . يَعْنِي ، لِلْخِدْمَةِ . قَالَه الْحَارِثِيُّ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْبُلْعَةِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، فِي بَابِ الْإِجَارَةِ : لَا يَجُوزُ إِجَارَةُ مُسْلِمٍ لَخِدْمَةٍ ذِمِّيٍّ ، عَلَى الْأَصَحِّ ، وَكَذَا إِعَارَتُهُ . وَعَنهُ ، يَجُوزُ . وَقَالَ فِي بَابِ الْعَارِيَةِ : وَيَجُوزُ إِعَارَةُ ذِي نَفْعٍ جَائِزٍ مُنْتَفِعٍ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، إِلَّا الْبُضْعَ ، وَمَا حُرِّمَ اسْتِعْمَالُهُ لِمُحَرَّمٍ . وَفِي « التَّبَصُّرَةِ » ، وَعَبْدًا مُسْلِمًا لِكَافِرٍ . وَيَتَوَجَّهُ ، كَالْإِجَارَةِ . وَقِيلَ فِيهِ بِالْكَرَاهَةِ وَعَدَمِهَا . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : وَلَا يُعَارُ كَافِرٌ عَبْدًا مُسْلِمًا . وَقُلْتُ : إِنْ جَازَ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ ، جَازَ إِعَارَتُهُ ، وَإِلَّا فَلَا . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : لَا يَتَخَرَّجُ هُنَا مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ مُعَاوَضَةٌ ، فَتَدْخُلُ فِي جِنْسِ الْبَيَاعَاتِ ، وَهَنَا بِخِلَافِهِ .

قوله : وَتُكْرَهُ إِعَارَةُ الْأَمَةِ الشَّابَّةِ لِرَجُلٍ غَيْرِ مُحَرَّمِهَا . هَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ

(١) فِي م : « وَ » .

وَاسْتِعَارَةُ الْوَالِدِيَّةِ لِلْخِدْمَةِ .

المقنع

الشرح الكبير

كانت شَوْهَاءَ ، أو كَبِيرَةً ، فلا بَأْسَ ؛ لَأَنَّهَا لَا يُشْتَهَى مِثْلُهَا . وَتَجَوُّزُ إِعَارَتِهَا لِامْرَأَةٍ ، وَلِذِي مَحْرَمِهَا ؛ لَعَدَمِ ذَلِكَ . وَلَا تَجَوُّزُ إِعَارَةِ الْعَيْنِ لِنَفْعٍ مُحَرَّمٍ ، كإِعَارَةِ الدَّارِ لِمَنْ يَشْرَبُ فِيهَا الْخَمْرَ ، أَوْ يَبِيعُهُ ، أَوْ يَعْصِي اللَّهَ تَعَالَى فِيهَا ، وَلَا إِعَارَةَ عَبْدٍ لِلزَّمْرِ ، أَوْ لِيَسْقِيَهُ ^(١) الْخَمْرَ ، أَوْ يَحْمِلُهَا إِلَيْهِ ، أَوْ يَعْصِرُهَا ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى الْمُحَرَّمِ .

٢٢٥٧ - مسألة : (وَاسْتِعَارَةُ الْوَالِدِيَّةِ لِلْخِدْمَةِ) « يُكْرَهُ أَنْ يَسْتَعِيرَ وَالِدِيَّةً لَخِدْمَتِهِ »^(٢) ؛ لِأَنَّهُ يُكْرَهُ اسْتِخْدَامُهُمَا ، فَكُرِهَ اسْتِعَارَتُهُمَا لِذَلِكَ .

فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، الْإِنْصَافِ وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : هَذَا الْأَشْهُرُ . وَقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : قَالَ أَصْحَابُنَا : يُكْرَهُ تَنْزِيهًا . وَتَقَدَّمَ قَوْلُ - جَزَمَ بِهِ فِي « التَّبَصُّرَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْوَجِيزِ » - بِتَحْرِيمِهِ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : لَا تَجَوُّزُ إِعَارَتِهَا مِنَ الْعُرَابِ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَقَالَ النَّاطِمُ : وَأَنْ يَسْتَعِيرَ الْمُشْتَهَاةَ اجْنَبِيَّ أَنْ تُخْفَ خَلْوَةً ، وَالْحَظَرُ لَمَّا أُبْعِدَ وَقَالَ فِي « الْمُبْنَى » ^(٣) : لَا تَجَوُّزُ إِعَارَتِهَا إِنْ كَانَتْ جَمِيلَةً ، إِنْ كَانَ يَخْلُو بِهَا أَوْ يَنْظُرُ إِلَيْهَا . وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : إِنْ كَانَتْ بَرَزَةً ، جَازَ إِعَارَتُهَا مُطْلَقًا . قَالَ فِي « الْبُلْغَةِ » : تُكْرَهُ إِعَارَةُ الْجَارِيَةِ مِنْ غَيْرِ مُحَرَّمٍ أَوْ امْرَأَةٍ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَرَزَةً .

(١) فِي م : « لِسْقِيهِ » .

(٢-٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) انْظُرْ : الْمَغْنَى ٣٤٦/٧ .

وَلِلْمُعِيرِ الرُّجُوعُ مَتَى شَاءَ ، مَا لَمْ يَأْذَنْ فِي شَعْلِهِ بِشَيْءٍ يَسْتَضِرُّ
الْمُسْتَعِيرُ بِرُجُوعِهِ .

٢٢٥٨ - مسألة : (وللمُعير الرجوع) فيها (متى شاء ، ما لم يأذن
في شَعْلِهَا بِشَيْءٍ يَسْتَضِرُّ الْمُسْتَعِيرُ بِرُجُوعِهِ) تجوزُ العاريةُ مُطْلَقَةً وَمَوْقَّتَةً ؛
لأنَّهَا إِبَاحَةٌ ، فَاشْبَهَتْ إِبَاحَةَ الطَّعَامِ . وللمُعير الرجوعُ فيها متى شاء ،
سواءً كانت مُطْلَقَةً أَوْ مَوْقَّتَةً . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال
مالك : إن كانت مَوْقَّتَةً ، فليس له الرجوعُ قَبْلَ الْوَقْتِ ، وإن لم تُؤَقَّتْ
له مُدَّةٌ ، لَزِمَ تَرْكُهُ مُدَّةً يَنْتَفِعُ بِهَا فِي مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّ الْمُعِيرَ قَدْ مَلَكَهُ الْمَنْفَعَةُ
مُدَّةً ، وَصَارَتِ الْعَيْنُ فِي يَدِهِ بِعَقْدٍ مُبَاحٍ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الرُّجُوعَ فِيهَا بِغَيْرِ
رِضَا الْمَالِكِ ، كَالْعَبْدِ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ وَالْمُسْتَأْجِرِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَنَافِعَ

قوله : وَلِلْمُعِيرِ الرُّجُوعُ مَتَى شَاءَ ، ما لم يأذن - أي المُعِيرُ - في شَعْلِهِ - بِشَيْءٍ
يَسْتَضِرُّ الْمُسْتَعِيرُ بِرُجُوعِهِ . وهذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه الأصحابُ في الْجُمْلَةِ .
قال الحارثي : عليه أكثرُ الأصحابِ . وعنه ، إن عَيَّنَ مُدَّةً ، تَعَيَّنَتْ . قال الحارثي :
وهو الأقوى . وعنه ، لا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ قَبْلَ انْتِفَاعِهِ بِهَا ، مع الإِطْلَاقِ . قال
القاضي : قياسُ المذهبِ يَفْتَضِيهِ . ذَكَرَهُ فِي « التَّعْلِيقِ الْكَبِيرِ » . قال القاضي :
الْقَبْضُ شَرْطٌ فِي لُزُومِهَا . وقال أيضًا : يَخْصُلُ بِهَا الْمِلْكُ مَعَ عَدَمِ قَبْضِهَا . وقال
ابنُ عَقِيلٍ فِي « مُفْرَدَاتِهِ » ، فِي ضَمَانِ الْمَبِيعِ الْمُتَعَيَّنِ بِالْعَقْدِ : الْمِلْكُ أَبْطَأُ حُصُولًا
وَأَكْثَرُ شُرُوطًا مِنَ الضَّمَانِ ، بِإِبَاحَةِ الطَّعَامِ بِتَقْدِيمِهِ إِلَى مَالِكِهِ ، وَضَمَانِ الْمَنْفَعَةِ
بِعَارِيَةِ الْعَيْنِ ، وَلَا مِلْكٌ ، فَإِذَا حَصَلَ بِالتَّعَيَّنِ هَذَا الْإِبْطَاءُ ، فَأَوَّلَى حُصُولُ
الْإِسْرَاعِ ، وَهُوَ الضَّمَانُ . قال الحارثي : وقال القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ ،

المُسْتَقْبَلَةَ لَمْ تَحْصُلْ فِي يَدِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهَا بِالْإِعَارَةِ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَحْصُلِ الْعَيْنُ فِي يَدِهِ ، وَلَأنَّ الْمَنَافِعَ إِنَّمَا تُسْتَوْفَى شَيْئًا فَشَيْئًا ، فَكُلَّمَا اسْتَوْفَى مَنَفْعَةً قَدِ قَبَضَهَا ، وَالَّذِي لَمْ يَسْتَوْفِهِ لَمْ يَقْبِضْهُ ، فَجَازَ الرُّجُوعُ فِيهِ ، كَالْهَبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ . وَأَمَّا الْعَبْدُ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ ، فَلِلْمُوصَى الرُّجُوعُ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الْوَرِثَةُ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّ التَّبَرُّعَ مِنْ غَيْرِهِمْ ، وَأَمَّا الْمُسْتَأْجَرُ ، فَهُوَ مَمْلُوكٌ بِعَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فَيَلْزَمُ ، بِخِلَافِ مَسَائِلِنَا . وَيَجُوزُ لِلْمُسْتَعِيرِ الرَّدُّ مَتَى شَاءَ . بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِبَاحَةٌ ، فَكَانَ لِمَنْ أُبِيحَ لَهُ تَرْكُهُ ، كَابَاحَةِ الطَّعَامِ .

وَالْمُصَنَّفُ : لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْإِنْتِفَاعِ ، حَتَّى بَعْدَ وَضْعِ الْخَشَبِ ، وَقَبْلَ الْبِنَاءِ الْإِنْصَافِ عَلَيْهِ . قَالَ : وَهُوَ مُشْكِلٌ عَلَى الْمَذْهَبِ جِدًّا ؛ فَإِنَّ الْمَالِكَ لَا يَمْلِكُ الْإِمْتِنَاعَ مِنَ الْإِعَارَةِ ابْتِدَاءً ، فَكَيْفَ يَمْلِكُهُ بَعْدُ ؟ اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُحْمَلَ عَلَى حَالَةِ ضَرَرِ الْمَالِكِ أَوْ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ . انْتَهَى . قُلْتُ : يُتَصَوَّرُ ذَلِكَ فِي غَيْرِ مَا قَالِ ، وَهُوَ حَيْثُ لَمْ تَلْزَمْ الْإِعَارَةَ لِتَخْلُفَ شَرْطُ أَوْ وُجُودِ مَانِعٍ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

فَائِدَةٌ : قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا يَمْلِكُ مَكِيلٌ وَمَوْزُونٌ بَلْفِظِ الْعَارِيَّةِ ، وَإِنْ سُلِمَ ، [١٨٣/٢] وَيَكُونُ قَرْضًا ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُ بِهِ وَبِالْقَبْضِ . وَقَالَ فِي « الْإِنْصَارِ » : لَفْظُ « الْعَارِيَّةِ » فِي الْأَثْمَانِ قَرْضٌ . وَقَالَ فِي « الْمُعْنَى » ^(١) : وَإِنْ اسْتَعَارَهَا لِلنَّفَقَةِ ، فَقَرْضٌ . وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . وَنَقَلَ صَالِحٌ : مَنَحَةُ لَبْنٍ هُوَ الْعَارِيَّةُ . وَمَنَحَةُ وَرَقٍ ، هُوَ الْقَرْضُ . وَذَكَرَ الْأَرَجِيُّ خِلَافًا فِي صَحَّةِ إِعَارَةِ دَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ لِلتَّجْمُلِ وَالزَّيْنَةِ . وَقَالَ فِي « التَّلْخِيسِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ » ، وَغَيْرِهِمَا : وَتَصِحُّ إِعَارَةُ التَّقْدِينَ لِلْوَزْنِ

(١) انظر : المغنى ٣٤٦/٧ .

مِثْلَ أَنْ يُعِيرَهُ سَفِينَةً لِحَمْلِ مَتَاعِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ مَا دَامَتْ فِي لُجَّةِ الْبَحْرِ . وَإِنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِلدَّفْنِ ، لَمْ يَرْجِعْ حَتَّى يَبْلَى الْمَيِّتُ .

٢٢٥٩ - مسألة : فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي شَعْلِهِ بِشَيْءٍ يَسْتَضِرُّ الْمُسْتَعِيرُ بِرُجُوعِهِ فِيهِ ، لَمْ يَجْزْ لَهُ الرُّجُوعُ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِالْمُسْتَعِيرِ (مِثْلَ أَنْ يُعِيرَهُ سَفِينَةً لِحَمْلِ مَتَاعِهِ) أَوْ لَوْحًا يَرْقُعُ بِهِ سَفِينَةً ، فَرَفَعَهَا بِهِ وَلَجَّ فِي الْبَحْرِ (لَمْ يَجْزِ الرُّجُوعُ مَا دَامَتْ فِي لُجَّةِ الْبَحْرِ) لِذَلِكَ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ [٢٥٩/٤ ط] قَبْلَ دُخُولِهَا فِي الْبَحْرِ ، وَبَعْدَ الْخُرُوجِ مِنْهُ ؛ لِعَدَمِ الضَّرَرِ .

٢٢٦٠ - مسألة : (وَإِنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِلدَّفْنِ ، لَمْ يَرْجِعْ حَتَّى يَبْلَى الْمَيِّتُ) وَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا قَبْلَ الدَّفْنِ ، وَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ بَعْدَ الدَّفْنِ حَتَّى يَصِيرَ الْمَيِّتُ رَمِيمًا . قَالَ ابْنُ الْبَنَّا .

والتَّزْيِينِ . زَادَ فِي « الرُّعَايَةِ » ، لَتَزْيِينِ امْرَأَةٍ ، أَوْ مَكَانٍ . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّامِنَةِ وَالثَّلَاثِينَ » : لَوْ أَعَارَهُ شَيْئًا وَشَرَطَ عَلَيْهِ الْعَوَضَ ، فَهَلْ يَصِحُّ ، أَمْ لَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ، وَيَكُونُ كِنَايَةً عَنِ الْقَرْضِ ، فَيُمْلِكُ بِالْقَبْضِ إِذَا كَانَ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ، ذَكَرَهُ فِي « الْإِنْتِصَارِ » ، وَالْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » ، وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « رُعُوسِ الْمَسَائِلِ » ، فِي مَوْضِعٍ : يَصِحُّ عِنْدَنَا شَرْطُ الْعَوَضِ فِي الْعَارِيَّةِ . انْتَهَى . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، تَفْسُدُ بِذَلِكَ . وَجَعَلَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، الْمَذْهَبَ ؛ لِأَنَّ الْعَوَضَ يُخْرِجُهَا عَنْ مَوْضُوعِهَا .

قوله : وَإِنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِلدَّفْنِ ، لَمْ يَرْجِعْ حَتَّى يَبْلَى الْمَيِّتُ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ .

وَأِنْ أَعَارَهُ حَائِطًا لِيَضَعَ عَلَيْهِ أَطْرَافَ خَشْبِهِ ، لَمْ يَرْجِعْ مَا دَامَ عَلَيْهِ ،
فَإِنْ سَقَطَ عَنْهُ لِهَدْمٍ أَوْ غَيْرِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ رَدُّهُ .

الشرح الكبير

٢٢٦١ - مسألة : (وإن أعاره حائطًا ليضع عليه أطراف خشبه ،
لم يرجع ما دام عليه) إذا أعاره حائطًا ليضع عليه أطراف خشبه ، جاز ،
كما تجوز إعاره الأرض للغراس والبناء ، وله الرجوع قبل الوضع ،
وبعده ، ما لم يئن عليه ؛ لأنه لا ضرر عليه فيه ، فإن بنى عليه لم يجر
الرجوع ؛ لما في ذلك من هدم البناء . وإن قال : أنا أذفع إليك ما ينقص
بالقلع . لم يلزم المستعير ذلك ؛ لأنه إذا قلعه أنقلع ما في ملك المستعير
منه . ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة .

٢٢٦٢ - مسألة : (وإن سقط عنه لهدم أو غيره ، لم يملك رده)
سواء بنى الحائط بآلته أو بغيرها ؛ لأن العارية لا تلزم ، وإنما امتنع الرجوع
قبل انهدامه ؛ لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون في وضعه ،
وقد زال ذلك بانهدامه ، وسواء زال الخشب عنه بذلك ، أو أزاله المستعير
بأختياره ، وكذلك لو زال الخشب والحائط بحاله .

وقيل : حتى يئلى ويصير رميمًا . وقال ابن الجوزي : يخرج عظامه ، ويأخذ
أرضه .

قوله : وإن أعاره حائطًا ليضع عليه أطراف خشبه ، لم يرجع ما دام عليه . هذا
المذهب ، وعليه الأصحاب . وفيه احتمال بالرجوع ، ويضمن نقصه .

قوله : فإن سقط عنه لهدم أو غيره ، لم يملك رده . هذا المذهب ، سواء أعيد
الحائط بآلته الأولى ، أو بغيرها . جزم به في « الشرح » ، و « شرح ابن

وإن أعاره أرضاً للزَّرْع ، لَمْ يَرْجِعْ إِلَى الْحَصَادِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُخَصَّدُ قَصِيلاً فَيُخَصَّدُهُ . وَإِنْ أَعَارَهَا لِلْعَرْسِ وَالْبِنَاءِ ، وَشَرَطَ

٢٢٦٣ - مسألة : (وإن أعاره أرضاً للزَّرْع ، لم يَرْجِعْ إِلَى الْحَصَادِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُخَصَّدُ قَصِيلاً فَيُخَصَّدُهُ) إذا أعاره أرضاً للزَّرْع ، فله الرجوع فيها ما لم يَزَرْعْ ، فإذا زَرَعَ ، لم يَمْلِكِ الرجوع فيها إلى أن يَنْتَهِيَ الزَّرْعُ . فإن بَذَلَ الْمُعِيرُ لَهُ قِيَمَةَ الزَّرْعِ لِيَمْلِكَهُ ، لم يكن له ذلك . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ لَهُ وَقْتًا يَنْتَهِي إِلَيْهِ . فإن كان مِمَّا يُخَصَّدُ قَصِيلاً ، فله الرجوع في وَقْتِ إِمْكَانِ حَصَادِهِ ؛ لَعَدَمِ الضَّرَرِ فِيهِ .

٢٢٦٤ - مسألة : (وإن أعارها للعَرْسِ وَالْبِنَاءِ ، وَشَرَطَ عَلَيْهِ الْقَلْعَ

مُنْجَى ، و « الفروع » ، و « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « النظم » ، و « الفائق » ، و « المُحَرَّر » ، وغيرهم . قال الحارثي : قَالَ الْمُصَنِّفُ ، والقاضي ، وابنُ عَقِيلٍ فِي آخَرِينَ مِنَ الْأَصْحَابِ . قال : وقال القاضي ، والمُصَنِّفُ ، فِي بَابِ الصُّلْحِ : لَهُ إِعَادَتُهُ إِلَى الْحَائِطِ . قال : وَهُوَ الصَّحِيحُ اللَّائِقُ بِالْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ مُسْتَمِرٌّ ، فَكَانَ الْاسْتِحْقَاقُ مُسْتَمِرًّا .

قوله : وإن أعاره أرضاً للزَّرْع ، لم يَرْجِعْ إِلَى الْحَصَادِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُخَصَّدُ قَصِيلاً ، فَيُخَصَّدُهُ . وَقْتَ أَخْذِهِ عُرْفًا . بلا نزاع ، ويأتي حُكْمُ الْأَجْرَةِ مِنْ حِينَ رُجُوعِهِ .

قوله : وإن أعارها للعَرْسِ وَالْبِنَاءِ ، وَشَرَطَ عَلَيْهِ الْقَلْعَ فِي وَقْتِ ، أَوْ عِنْدَ رُجُوعِهِ ، ثُمَّ رَجَعَ ، لَزِمَهُ الْقَلْعُ . بلا نزاع ، مَجَانًا .

عَلَيْهِ الْقَلْعُ فِي وَقْتٍ [١٣٦ د] أَوْ عِنْدَ رُجُوعِهِ ، ثُمَّ رَجَعَ ، لَزِمَهُ الْمَقْنَعُ ، وَلَا يَلْزِمُهُ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ إِلَّا بِشَرْطٍ .

الشرح الكبير

فِي وَقْتٍ أَوْ عِنْدَ رُجُوعِهِ ، ثُمَّ رَجَعَ ، لَزِمَهُ الْقَلْعُ (لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ « الْمُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » ^(١) . حَدِيثٌ صَحِيحٌ . وَلِأَنَّ الْعَارِيَّةَ مُقَيَّدَةً غَيْرُ مُطْلَقَةٍ ، فَلَمْ تَتَنَاوَلْ مَا عَدَا الْمُقَيَّدَ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَعِيرَ دَخَلَ فِي الْعَارِيَّةِ رَاضِيًا بِالتَّزَامِ الضَّرَرِ الدَّاخِلِ عَلَيْهِ بِالْقَلْعِ ، وَلَيْسَ عَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ ضَمَانُ نَقْصِهِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . فَأَمَّا تَسْوِيَةُ الْحُفْرِ ، فَإِنْ كَانَتْ مَشْرُوطَةً عَلَيْهِ ، لَزِمَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَإِلَّا لَمْ يَلْزِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِضَرَرِ الْقَلْعِ مِنَ الْحُفْرِ وَنَحْوِهِ ، بِشَرْطِ الْقَلْعِ .

وَقَوْلُهُ : وَلَا يَلْزِمُهُ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ إِلَّا بِشَرْطٍ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَالْحَارِثِيُّ فِي « شَرْحِهِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : يَلْزِمُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرَّعَايَةِ » . وَإِنْ شَرَطَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ الْقَلْعَ ، وَشَرَطَ عَلَيْهِ تَسْوِيَةَ الْأَرْضِ ، لَزِمَهُ مَعَ الْقَلْعِ تَسْوِيَتُهَا . قَطَعَ بِهِ الْأَصْحَابُ . وَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ الْقَلْعَ ، وَلَمْ يَشَرُطْ عَلَيْهِ تَسْوِيَةَ الْأَرْضِ ، لَمْ يَلْزِمَهُ تَسْوِيَتُهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَطَعَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصَّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي

(١) تقدم تخريجه في ١٤٩/١٠ .

المقنع وإن لَمْ يَشْرُطْ عَلَيْهِ الْقَلْعَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ ، إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ الْمُعِيرُ النِّقْصَ . فَإِنْ قَلَعَ ، فَعَلَيْهِ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ

الشرح الكبير ٢٢٦٥ - مسألة : (وإن لم يَشْرُطِ الْقَلْعَ ، لم يَلْزَمْهُ ، إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ له الْمُعِيرُ النِّقْصَ) إذا لم يَشْرُطِ الْمُعِيرُ الْقَلْعَ ، لم يَلْزَمْ الْمُسْتَعِيرُ الْقَلْعَ ؛ لما فيه من الضَّرَرِ عليه ، فإن ضَمِنَ له النِّقْصَ ، لَزِمَهُ ؛ لَأَنَّهُ رُجُوعٌ فِي الْعَارِيَّةِ مِنْ غَيْرِ إِضْرَارٍ (فَإِنْ قَلَعَ ، فعليه تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ) وكذلك إِنْ اخْتَارَ أَخَذَ بِنَائِهِ وَغَرَّاسِهِ ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ ، فَمَلَكَ نَقْلَهُ ؛ لِأَنَّ الْقَلْعَ بِاخْتِيَارِهِ ، لو امْتَنَعَ مِنْهُ لم يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، ^(١) «لأنه» قَلَعَهُ لِاسْتِخْلَاصِ مِلْكِهِ مِنْ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، فَلَزِمَتْهُ التَّسْوِيَةُ ، كَالشَّفِيعِ إِذَا أَخَذَ غَرَسَهُ . وقال القاضي ^(٢) : لا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمُعِيرَ رَضِيَ بِذَلِكَ حَيْثُ أَعَارَهُ مَعَ عِلْمِهِ بِأَنَّ لَهُ قَلْعَ غَرَسِهِ الَّذِي لَا يُمْكِنُ إِلَّا بِالْحَفْرِ .

الإيناف « الفروع » : ولا يَلْزَمُ الْمُسْتَعِيرُ تَسْوِيَةَ الْحَفْرِ . قال جماعة : وقيل : يَلْزَمُهُ وَالْحَالَةُ هَذِهِ . قال في « القواعد » : إِنْ شَرَطَ الْمُعِيرُ عَلَيْهِ قَلْعَهُ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ ، وَتَسْوِيَةُ الْأَرْضِ . وأُطْلِقَهُمَا فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » .

قوله : وإن لم يَشْرُطْ عَلَيْهِ الْقَلْعَ ، لم يَلْزَمْهُ ، إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ الْمُعِيرُ النِّقْصَ . وهو المذهب ، وعليه أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَعِنْدَ الْحَلَوَانِيِّ ، لا يَضْمَنُ النِّقْصَ .

قوله : فَإِنْ فَعَلَ فعليه تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ . يَعْنِي ، إِذَا قَلَعَهُ الْمُسْتَعِيرُ ، وَالْحَالَةُ مَا

(١-١) سقط من : تش ، ر ، م ، وفي الأصل : « لأنه » .

(٢) بعده في تش : « وابن عقيل » .

وَأَنَّ أَبِي الْقَلْعَ ، فَلِلْمُعِيرِ أَخْذُهُ بِقِيَمَتِهِ ، المقنع

الشرح الكبير

٢٢٦٦ - مسألة : (فَإِنَّ أَبِي الْقَلْعَ) في الحال التي لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ فِيهَا ، فَبَدَلَ لَهُ الْمُعِيرُ قِيَمَةَ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ لِمَمْلِكِهِ ، أَجْبَرَ الْمُسْتَعِيرُ عَلَيْهِ ، كَالشَّفِيعِ مَعَ الْمُشْتَرَى ، وَالْمُؤْجَرِ مَعَ الْمُسْتَأْجِرِ . فَإِنَّ قَالَ الْمُسْتَعِيرُ : أَنَا أَدْفَعُ قِيَمَةَ الْأَرْضِ لِتَصِيرَ لِي . لَمْ يَلْزَمْ الْمُعِيرُ ؛ لِأَنَّ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ تَابَعَ ، وَالْأَرْضَ أَصْلٌ ، وَلِذَلِكَ يَتَّبِعُهَا الْغِرَاسُ وَالْبِنَاءُ [٢٦٠/٤] فِي الْبَيْعِ ، وَلَا تَتَّبِعُهُمَا . وَبِهَذَا كُلُّهُ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : يُطَالَبُ الْمُسْتَعِيرُ بِالْقَلْعِ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَعَارَهُ مُدَّةً مَعْلُومَةً فَرَجَعَ قَبْلَ انْقِضَائِهَا ؛ لِأَنَّ الْمُعِيرَ لَمْ يَغْرَهُ ، فَكَانَ عَلَيْهِ الْقَلْعُ ، كَمَا لَوْ شَرَطَهُ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ بَنَى وَغَرَسَ بِإِذْنِ الْمُعِيرِ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ الْقَلْعِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ الْقَلْعُ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ ، كَمَا لَوْ طَالَبَهُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْوَقْتِ . وَقَوْلُهُمْ : لَمْ يَغْرَهُ . مَمْنُونٌ ؛ فَإِنَّ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ يُرَادُ لِلتَّبْقِيَةِ ، وَتَقْدِيرُ الْمُدَّةِ يَنْصَرِفُ إِلَى ابْتِدَائِهِ ، كَأَنَّهُ قَالَ : لَا تَغْرِسْ بَعْدَ هَذِهِ الْمُدَّةِ .

تَقَدَّمَ ، فَعَلِيهِ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ . وَهَذَا أَحَدُ الْوُجُوهِ . وَاخْتَارَهُ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ الْمُصَنِّفُ الْإِنْصَافُ فِي « الْكَافِي » ، وَجَزَمَ بِهِ فِيهِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » . وَهَذَا الْمَذْهَبُ عَلَى مَا اضْطَلَحْنَاهُ فِي الْخُطْبَةِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعَبِ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّامِنَةِ وَالسَّبْعِينَ » . وَعِنْدَ الْمُصَنِّفِ ، لَا يَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ إِلَّا مَعَ الْإِطْلَاقِ .

قوله : فَإِنَّ أَبِي الْقَلْعَ ، فَلِلْمُعِيرِ أَخْذُهُ بِقِيَمَتِهِ . يَعْنِي ، إِذَا أَبِي الْمُسْتَعِيرِ الْقَلْعَ

المقنع **فَإِنْ أَبَى ذَلِكَ بَيْعًا لَهُمَا ، فَإِنْ أَتَيَا الْبَيْعَ تَرَكَ بِحَالِهِ ،**

الشرح الكبير

٢٢٦٧ - مسألة : فَإِنْ امْتَنَعَ الْمُعِيرُ مِنْ دَفْعِ الْقِيمَةِ وَأَرَشَ النَّقْصَ ، وَامْتَنَعَ الْمُسْتَعِيرُ مِنَ الْقَلْعِ وَدَفَعَ الْأَجْرَ ، لَمْ يُقْلَعْ ؛ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ تَقْتَضِي الْأَنْتِفَاعَ بِغَيْرِ ضَمَانٍ ، وَالْإِذْنَ فِيمَا يَبْقَى عَلَى الدَّوَامِ وَتَضُرُّ إِزَالَتُهُ رِضًا بِالْإِبْقَاءِ ، وَلِأَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » ^(١) . فَفَهْؤُمُهُ أَنَّ الْعِرْقَ الَّذِي لَيْسَ بِظَالِمٍ لَهُ حَقٌّ .

٢٢٦٨ - ^(٢) مسألة : (فَإِنْ أَبَى ذَلِكَ بَيْعًا لَهُمَا) فَعِنْدَ ^(٣) ذَلِكَ ، إِنْ اتَّفَقَا عَلَى الْبَيْعِ بِيَعَتِ الْأَرْضُ بِغَرَّاسِهَا وَبِنَائِهَا ، وَدُفِعَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْرُ حَقِّهِ ، فَيُقَالُ : كَمْ قِيمَةُ الْأَرْضِ بِلَا غَرَّاسٍ وَلَا بِنَاءٍ ؟ فَإِذَا قِيلَ : عَشْرَةٌ . قُلْنَا : وَكَمْ تُسَاوِي مَغْرُوسَةً مَبْنِيَّةً ؟ فَإِنْ قَالُوا : خَمْسَةٌ عَشَرَ . فَيَكُونُ لِلْمُعِيرِ ثُلَاثًا وَالثَّمَنِ ، وَلِلْمُسْتَعِيرِ ثُلَاثُهُ .

٢٢٦٩ - مسألة : (فَإِنْ أَتَيَا الْبَيْعَ ، تَرَكَ بِحَالِهِ) وَقُلْنَا لَهُمَا : تَصَرَّفَا ^(٤) ، فَلَا حُكْمَ لَكُمَا عِنْدَنَا .

الإيضاح

فِي الْحَالِ الَّتِي لَا يُجْبَرُ فِيهَا ، فَلِلْمُعِيرِ أَخْذُهُ بِقِيمَتِهِ . نَصَّرَ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ مُهْنًا ، وَابْنُ مَنْصُورٍ . وَكَذَا نَقَلَ عَنْهُ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، لَكِنْ قَالَ فِي رِوَايَتِهِ : يَتِمَلَّكُهُ بِالنَّفَقَةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَلَا بُدَّ مِنْ رِضَا الْمُسْتَعِيرِ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . فَإِنْ أَبَى ذَلِكَ ،

(١) تقدم تخريجه في ٢٩٩/١٣ .

(٢-٢) سقط من : تش ، ر ، ر ، م .

(٣) في الأصل : « قصد » ، وفي م : « قعد » .

(٤) في م : « انصرفا » .

وَلِلْمُعِيرِ التَّصَرُّفُ فِي أَرْضِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَضُرُّ بِالشَّجَرِ ، وَلِلْمُسْتَعِيرِ الْمَقْنَعِ الدُّخُولُ لِلسَّقَى وَالْإِصْلَاحِ وَأَخَذِ الثَّمَرَةِ .

الشرح الكبير

٢٢٧٠ - مسألة : (وَلِلْمُعِيرِ التَّصَرُّفُ فِي أَرْضِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَضُرُّ بِالشَّجَرِ) وَجُمْلَتُهُ ، أَنَّ لِلْمُعِيرِ التَّصَرُّفَ فِي أَرْضِهِ ، وَدُخُولَهَا ، وَالْإِنْتِفَاعَ بِهَا كَيْفَ شَاءَ ، بِمَا لَا يَضُرُّ بِالْغُرَاسِ وَالْبِنَاءِ ، وَلَا يَنْتَفِعُ بِهِمَا (وَلِلْمُسْتَعِيرِ الدُّخُولُ لِلسَّقَى وَالْإِصْلَاحِ وَأَخَذِ الثَّمَرَةِ) وَلَيْسَ لَهُ الدُّخُولُ لغير حاجةٍ ، مِنْ التَّفْرِجِ وَنَحْوِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ رَجَعَ فِي الْإِذْنِ لَهُ ، وَلِأَنَّ الْإِذْنَ فِي الْغُرَسِ إِذْنٌ فِيمَا يَعُودُ بِصِلَاحِهِ . وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيْعٌ مَا يَخْتَصُّ بِهِ مَعَ الْمِلْكِ وَمُنْفَرِدًا ، فَيَقُومُ الْمُشْتَرِي مَقَامَ الْبَائِعِ . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : لَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ فِي الشَّجَرِ وَالْبِنَاءِ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ؛ لِأَنَّ لِلْمُعِيرِ أَخْذَهُ مِنْهُ مَتَى شَاءَ بِقِيَمَتِهِ . قُلْنَا : عَدَمُ اسْتِقْرَارِهِ لَا يَمْنَعُ بَيْعَهُ ، بِدَلِيلِ الشُّقْصِ الْمَشْفُوعِ ، وَالصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ .

الإنصاف

يَعْنِي الْمُعِيرُ ؛ مِنْ دَفْعِ الْقِيَمَةِ ، وَأَرْضِ الشُّقْصِ ، وَامْتِنَاعِ الْمُسْتَعِيرِ مِنَ الْقَلْعِ ، وَدَفْعِ الْأَجْرِ ، بِيَعَالِمَا ، فَإِنْ أُبِيََا الْبَيْعَ ، تَرَكَ بِحَالِهِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : فَإِنْ أُبِيَاهُ ، بَقِيَ فِيهَا مَجَانًا فِي الْأَصْحَ ، حَتَّى يَتَّفِقَا . وَقُلْتُ : بَلْ يَبِيعُهُمَا الْحَاكِمُ . انْتَهَى . فَلَوْ أُبِيَ أَحَدُهُمَا ، فَهَلْ يُجْبَرُ عَلَى الْبَيْعِ مَعَ صَاحِبِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَاتِقِ » ، وَ« النَّظْمِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يُجْبَرُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : أُجْبِرَ فِي أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يُجْبَرُ . صَحَّحَهُ النَّاطِظُ ، وَ« تَجْرِيدُ الْعِنَايَةِ » ، وَ« تَصْحِيحُ الْمُحَرَّرِ » .

وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا عَلَيْهِ أُجْرَةَ مَنْ حِينَ الرُّجُوعِ ، وَذَكَرُوا عَلَيْهِ أُجْرَةَ فِي الزَّرْعِ ، وَهَذَا مِثْلُهُ ، فَيُخَرَّجُ فِيهِمَا وَفِي سَائِرِ الْمَسَائِلِ وَجْهَانِ .

٢٢٧١ - مسألة : (ولم يذكر أصحابنا عليه أجره من حين الرجوع ، «وذكروا عليه أجره في الزرع» ، وهذا مثله ، فيخرج فيهما وفي سائر المسائل وجهان) وجملته ، أن أصحابنا لم يذكروا عليه^(١) في شيء من هذه المسائل ، إلا فيما إذا استعار أرضاً فزرعها ، ورجع المعير فيها قبل كمال الزرع ، فعليه أجر مثلها من حين الرجوع ؛ لأن الأصل جواز الرجوع ، وإنما منع من القلع ؛ لما فيه من الضرر ، ففي دفع الأجر جمع بين الحقيين ، فيخرج في سائر المسائل مثل هذا . وفيه وجه آخر ، أنه لا يجب الأجر في شيء من المواضع ؛ لأن حكم العارية باق فيه ، لكونها صارت لازمة ؛ للضرر اللاحق بفسخها ، والإعارة تقتضي الانتفاع «بغير عوض»^(٢) .

فائدة : يجوز لكل واحد منهما بيع ماله منفرداً لمن شاء . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب ، وقيل : لا يبيع المعير لغير المستعير .

قوله : ولم يذكر أصحابنا عليه أجره من حين الرجوع - يعني ، فيما تقدم من العرس والبناء - وذكروا عليه أجره في الزرع ، وهذا مثله ؛ فيخرج فيهما ،

(١ - ١) سقط من : ر ١ ، م .

(٢ - ٢) سقط من : م .

وَإِنْ غَرَسَ أَوْ بَنَى بَعْدَ الرَّجُوعِ أَوْ بَعْدَ الْوَقْتِ ، فَهُوَ غَاصِبٌ ، يَأْتِي
حُكْمُهُ .

٢٢٧٢ - مسألة : (وَإِنْ غَرَسَ أَوْ بَنَى بَعْدَ الرَّجُوعِ أَوْ بَعْدَ الْوَقْتِ ،
فهو غاصبٌ ، يَأْتِي حُكْمُهُ) الْعَارِيَّةُ تَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ ؛ مُطْلَقَةً وَمُوقَّتَةً ،
(فَالْمُطْلَقَةُ تَقْتَضِي إِبَاحَةَ الْإِنْتِفَاعِ مَا لَمْ يَرْجِعْ ، وَالْمُوقَّتَةُ^(١) تُبِيحُ الْإِنْتِفَاعَ
مَا لَمْ يَنْقُضِ الْوَقْتُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَبَاحَ ذَلِكَ [٢٦٠/٤ ظ] بِالْإِذْنِ ، ففِيمَا عَدَا
مَحَلَّ الْإِذْنِ يَبْقَى عَلَى أَصْلِ الْمَنْعِ ، فَإِنْ كَانَ الْمُعَارُ أَرْضًا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ
أَنْ يَغْرِسَ وَلَا يَبْنِيَ وَلَا يَزْرَعَ بَعْدَ الْوَقْتِ أَوْ الرَّجُوعِ ، فَإِنْ فَعَلَ شَيْئًا مِنْ
ذَلِكَ ، فَهُوَ غَاصِبٌ ، يَأْتِي حُكْمُهُ فِي بَابِ الْعَصَبِ .

وَفِي سَائِرِ الْمَسَائِلِ وَجْهَانِ . ذَكَرَ الْأَصْحَابُ أَنَّ عَلَيْهِ الْأَجْرَةَ فِي الزَّرْعِ مِنْ حِينِ
الرَّجُوعِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ؛ [١٨٣/٢ ظ] مِنْهُمْ الْقَاضِي ،
وَأَصْحَابُهُ . وَاخْتَارَ الْمَجْدُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، أَنَّهُ لَا أَجْرَةَ لَهُ ، وَخَرَّجَهُ الْمُصَنِّفُ
هُنَا وَجْهًا . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَيَشْهَدُ لَهُ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ .
وَصَحَّحَهُ النَّاطِمُ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَ« تَصْصِيحُ الْمُحَرَّرِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » .
وَأَمَّا الْغِرَاسُ ، وَالْبِنَاءُ ، وَالسَّفِينَةُ إِذَا رَجَعَ وَهِيَ فِي لُجَّةِ الْبَحْرِ ، وَالْأَرْضُ إِذَا أَعَارَهَا
لِلدَّفْنِ ، وَرَجَعَ قَبْلَ أَنْ يَبْلَى الْمَيِّتُ ، وَالْحَائِطُ إِذَا أَعَارَهُ لَوْضَعِ أَطْرَافِ الْخَشَبِ
عَلَيْهِ ، وَنَحْوُ ذَلِكَ ؛ فَلَمْ يَذْكُرِ الْأَصْحَابُ أَنَّ عَلَيْهِ أَجْرَةً مِنْ حِينِ الرَّجُوعِ .
وَخَرَّجَ الْمُصَنِّفُ فِي ذَلِكَ كُلَّهُ مِنَ الْأَجْرَةِ فِي الزَّرْعِ وَجْهَيْنِ ؛ وَجْهٌ بَعْدَمِ الْأَجْرَةِ .

فصل : يَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَ دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا إِلَى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ ؛ لِأَنَّ إِجَارَتَهَا جَائِزَةٌ ، وَإِإْعَارَةُ أَوْسَعُ ؛ لِحَوَازِهَا فِيهَا لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ ، كَالْكَلْبِ لِلصَّيْدِ . فَإِنْ اسْتَعَارَهَا إِلَى مَوْضِعٍ فَجَاوَزَهُ ، فَقَدْ تَعَدَّى ، وَعَلَيْهِ أَجْرُ الْمِثْلِ لِلزَّائِدِ خَاصَّةً . وَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ الْمَالِكُ : أَعَرْتُكَهَا إِلَى فَرَسَخٍ . وَقَالَ الْمُسْتَعِيرُ : إِلَى فَرَسَخَيْنِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ يُشْبِهُ مَا قَالَ الْمُسْتَعِيرُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَعَلَيْهِ الضَّمَانُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَالِكَ مُدْعَى عَلَيْهِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ » « مُتَّفَقٌ عَلَى مَعْنَاهُ » .

وهو ظاهرُ كلامِ الأصحابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَمَالَ الْحَارِثِيُّ إِلَى عَدَمِ التَّخْرِيجِ ، وَأَبْدَى فَرْقًا . وَوَجَّهَ بِوُجُوبِهَا ؛ قِيَاسًا عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَأُطْلِقَ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ فِي « الْفَائِقِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَخَرَّجَهُ بَعْضُهُمْ فِي الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ ، لَا غَيْرُ . وَخَرَّجَهُ بَعْضُهُمْ فِي الْجَمِيعِ . أَعْنَى وَجُوبَ الْأُجْرَةِ فِي الْجَمِيعِ . وَجَزَمَ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، أَنَّهُ لَا أُجْرَةَ بَعْدَ رُجُوعِهِ ، فِي مَسْأَلَةِ إِعَارَةِ الْأَرْضِ لِلدَّفْنِ ، وَالْحَائِطِ لَوْضَعِ الْخَشَبِ ، وَالسَّفِينَةِ . وَجَزَمَ فِي « التَّبَصُّرَةِ » بِوُجُوبِ الْأُجْرَةِ فِي مَسْأَلَةِ السَّفِينَةِ . وَاخْتَارَهُ أَبُو مُحَمَّدٍ يُوسُفُ الْجَوَازِيُّ ، فِيمَا سِوَى الْأَرْضِ لِلدَّفْنِ .

(١ - ١) سقط من : ر ، م .

والحديث تقدم تخريجه في ٤٧٨/١٢ .

وَأِنْ حَمَلَ السَّيْلُ بَذْرًا إِلَى أَرْضٍ فَنَبَتَ فِيهَا فَهُوَ لِصَاحِبِهِ ، مُبْقَى الْمَنْعِ إِلَى الْحَصَادِ بِأَجْرَةِ مِثْلِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا أَجْرَةَ لَهُ . وَيَحْتَمِلُ

٢٢٧٣ - مسألة : (وَإِنْ حَمَلَ السَّيْلُ بَذْرًا إِلَى أَرْضٍ فَنَبَتَ فِيهَا ، فَهُوَ لِصَاحِبِهِ) وَلَا يُجْبَرُ عَلَى قَلْعِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يُجْبَرُ عَلَيْهِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، إِذَا طَالَ بِهِ رَبُّ الْأَرْضِ بِهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ حَصَلَ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ انْتَشَرَتْ أَغْصَانُ شَجَرَتِهِ فِي هَوَاءِ مِلْكٍ جَارِهِ ^(١) . وَلَنَا ، أَنَّ قَلْعَهُ إِتْلَافٌ لِلْمَالِ عَلَى مَالِكِهِ ، وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ تَفْرِيطٌ ، وَلَا يَدُومُ ضَرَرُهُ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ حَصَلَتْ دَابَّتُهُ فِي دَارٍ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يُمْكِنُ خُرُوجُهَا إِلَّا بِقَلْعِ الْبَابِ أَوْ قَتْلِهَا ، فَإِنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى قَتْلِهَا . وَيُفَارِقُ أَغْصَانُ الشَّجَرَةِ ، فَإِنَّهُ يَدُومُ ضَرَرُهُ ، وَلَا يُعْرِفُ قَدْرُ مَا يَشْغَلُ مِنَ الْهَوَاءِ فَيُودَى أَجْرَهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُقَرَّرُ فِي الْأَرْضِ إِلَى حِينِ حَصَادِهِ بِأَجْرِ مِثْلِهِ (وَقَالَ الْقَاضِي : لَا أَجْرَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ حَصَلَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ ، أَشْبَهَ مَا إِذَا بَاتَتْ دَابَّتُهُ فِي أَرْضِ إِنْسَانٍ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْإِزَامَةَ تَبْقِيَةَ زَرْعٍ مَا أَذِنَ فِيهِ فِي أَرْضِهِ ، بِغَيْرِ أَجْرِ وَلَا انْتِفَاعٍ ،

قوله : وَإِنْ حَمَلَ السَّيْلُ بَذْرًا إِلَى أَرْضٍ ، فَنَبَتَ فِيهَا ، فَهُوَ لِصَاحِبِهِ مُبْقَى إِلَى الْحَصَادِ بِأَجْرَةِ مِثْلِهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الرَّعَائِيَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » : فَلِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَجْرَةُ مِثْلِهِ ، فِي الْأَصَحِّ . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » ، وَالْحَارِثِيُّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَنَصَّ عَلَيْهِ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ التَّاسِعَةِ وَالسَّبْعِينَ » : لَوْ

(١) فِي ر ١ ، م : « غَيْرِهِ » .

المقنع أَنَّ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَخْذَهُ بِقِيمَتِهِ .

الشرح الكبير إضرارٌ به ، وشغلٌ لمملكه بغير اختياره "بغير عوض" ، فلم يجز ، كما لو أراد إبقاء البهيمه في دار غيره عامًا . ويفارق مبيتها ؛ لأن ذلك لا يجزئ المالك عليه ، ولا يمنع من إخراجها ، فإذا تركها اختيارًا منه ، كان راضيًا به ، بخلاف مسألتنا . ويكون الزرع لمالك البذر ؛ لأنه عين ما به (ويحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته) كزرع الغاصب ، على ما نذكره . والأول أولى ؛ لأنه بغير عُدوان ، وقد أمكن جبر حق مالك الأرض بدفع الأجر إليه . وإن أحب مالكه قلعه فله ذلك ، وعليه تسوية الحفر ، وما نقصت ؛ لأنه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه .

الإنصاف حمل السيل بذر إنسان إلى أرض غيره ، فثبت فيها ، فهل يلحق بزرع الغاصب ، أو بزرع المستعير ، أو المستأجر من بعد انقضاء المدة ؟ على وجهين ؛ أشهرهما ، أنه كزرع المستعير . وهو اختيار القاضي ، وابنه أبي الحسين ، وابن عقيل . وذكره أبو الخطاب ، عن أحمد . وقدمه في «الهداية» ، و «المذهب» ، و «المستوعب» ، و «الخلاصة» ، و «المعنى» ، و «الشرح» ، و «الفائق» ، و «التلخيص» . فعلى هذا ، قال القاضي : لا أجر له . واختاره ابن عقيل أيضًا . ذكره في «القواعد» . وقيل : له الأجر . وذكره أبو الخطاب أيضًا ، عن أحمد ، وأطلقهما في «القواعد» .

قوله : ويحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته . قال في «الهداية» ، ومن

وَأِنْ حَمَلَ غَرْسَ رَجُلٍ ، فَنَبَتَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ، فَهَلْ يَكُونُ
كَغَرْسِ الشَّفِيعِ ، أَوْ كَغَرْسِ الْغَاصِبِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٢٧٤ - مسألة : (فَإِنْ حَمَلَ) السَّيْلُ (غَرْسَ رَجُلٍ) أَوْ نَوَى
(فَنَبَتَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ) كَالزَّيْتُونِ وَنَحْوِهِ ، فَهُوَ لِمَالِكِ التَّوَي
وَالْغَرْسِ ^(١) ؛ لِأَنَّهُ مِنْ نَمَاءٍ مِلْكِهِ ، فَهُوَ كَالزَّرْعِ . وَيُجْبَرُ عَلَى قَلْعِهِ
هَهُنَا ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ يَدُومُ ، فَهُوَ كَأَغْصَانِ الشَّجَرَةِ الْمُتَشْرِعَةِ فِي هَوَاءِ مِلْكٍ
غَيْرِهِ وَ (هَلْ يَكُونُ كَغَرْسِ الشَّفِيعِ ، أَوْ كَغَرْسِ الْغَاصِبِ ؟ عَلَى
وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ كَغَرْسِ الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ
بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَالثَّانِي ، كَغَرْسِ الشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ
تَفْرِيطٍ مِنْهُ وَلَا عُذْوَانٍ .

الإنصاف

تَابَعَهُ : وَقِيلَ : هُوَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ الْبَذْرِ . وَزَادَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ،
وَقِيلَ : بَلْ بِقِيَمَتِهِ إِذَنْ . زَادَ فِي « الْكُبْرَى » ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ كَزَّرْعٍ غَاصِبٍ . وَتَقَدَّمَ
كَلَامُ صَاحِبِ « الْقَوَاعِدِ » . وَتَقَدَّمَ فِي آخِرِ الْمُسَاقَاةِ : إِذَا نَبَتِ السَّاقِطُ مِنَ الْحَصَادِ
فِي عَامٍ قَابِلٍ ، أَنَّهُ يَكُونُ لِرَبِّ الْأَرْضِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ .

قَوْلُهُ : وَإِنْ حَمَلَ غَرْسَ رَجُلٍ ، فَنَبَتَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ، فَهَلْ يَكُونُ كَغَرْسِ
الشَّفِيعِ ، أَوْ كَغَرْسِ الْغَاصِبِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ،
و « الشَّرْحِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ كَغَرْسِ الشَّفِيعِ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَابِهِ . وَهُوَ
الْمَذْهَبُ . قَالَ النَّاظِمُ : هَذَا الْأَقْوَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ،

(١) سقط من : تش ، ر ، م .

فصل : وإن حَمَلَ السَّيْلُ أَرْضًا بِشَجَرِهَا ، فَنَبَتَتْ فِي أَرْضٍ آخَرَ كَمَا^(١) كانت ، فهي لِلْمَالِكِهَا ، يُجْبَرُ عَلَى إِزَالَتِهَا ، كَمَا ذَكَرْنَا . وفي كُلِّ ذَلِكَ ، إِذَا تَرَكَ صَاحِبُ الْأَرْضِ الْمُتَنَقِّلَةَ أَوْ الشَّجَرَ أَوْ الزَّرْعَ ذَلِكَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ الَّتِي انْتَقَلَ إِلَيْهَا ، لَمْ يَلْزَمْهُ نَقْلُهُ وَلَا أَجْرُهُ ، وَلَا غَيْرُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ [٢٦١/٤] بِغَيْرِ تَقْرِيبِهِ وَلَا عُذْوَانِهِ ، وَكَانَتِ الْخِيَرَةُ إِلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ الْمَشْغُولَةِ بِهِ ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ ، وَإِنْ شَاءَ قَلَعَهُ .

و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، هُوَ كَعْرَسِ الْغَاصِبِ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَابِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : قُلْتُ : بَلْ كَعْرَسِ مُشْتَرَى شِقْصٍ لَهُ شَفْعَةٌ ، وَعَلَى كُلِّ حَالٍ يَلْزَمُ صَاحِبَ الْعَرَسِ تَسْوِيَةُ الْحَفْرِ . تَبَيَّنَ : قَوْلُهُ : فَهَلْ يَكُونُ كَعْرَسِ الشَّفْعِ ؟ فِيهِ تَسَاهُلٌ ، وَإِنَّمَا يُقَالُ : فَهَلْ هُوَ كَعْرَسِ الْمُشْتَرَى الشَّقْصِ الَّذِي يَأْخُذُهُ الشَّفْعُ ؟ وَلِهَذَا قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ سَهْوٌ وَقَعَ فِي الْكِتَابِ . انْتَهَى . مَعَ أَنَّ الْمُصَنِّفَ تَابَعَهُ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الْفَائِقِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » .

فوائد : الأولى ، وَكَذَا حُكْمُ النَّوَى ، وَالْجَوَزِ وَاللُّوزِ ، إِذَا حَمَلَهُ السَّيْلُ فَنَبَتَ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ تَرَكَ صَاحِبُ الزَّرْعِ أَوْ الشَّجَرِ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ الَّتِي انْتَقَلَ إِلَيْهَا مِنْ ذَلِكَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ نَقْلُهُ وَلَا أَجْرُهُ ، وَلَا غَيْرُ ذَلِكَ . الثَّالِثَةُ ، لَوْ حَمَلَ السَّيْلُ أَرْضًا بِشَجَرِهَا ، فَنَبَتَتْ فِي أَرْضٍ أُخْرَى كَمَا كَانَتْ ، فَهِيَ لِلْمَالِكِهَا ، يُجْبَرُ عَلَى إِزَالَتِهَا . ذَكَرَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » .

(١) بعده في الأصل : « لَوْ » .

فصل : وَحُكْمُ الْمُسْتَعِيرِ [١٣٦ ظ] فِي اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ حُكْمُ الْمُسْتَأْجِرِ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَحُكْمُ الْمُسْتَعِيرِ فِي اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ حُكْمُ الْمُسْتَأْجِرِ) لِأَنَّهُ مَلَكٌ التَّصَرُّفَ بِقَوْلِ الْمَالِكِ وَإِذْنِهِ ، فَأَشْبَهَ الْمُسْتَأْجِرَ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكُهُ بِإِذْنِهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَمْلِكَ مَا يَقْتَضِيهِ الْإِذْنُ ، كَالْمُسْتَأْجِرِ . فعلى هذا ، إِنْ أَعَارَهُ لِلْغَرَسِ أَوْ^(١) الْبِنَاءِ ، فَلَهُ أَنْ يَزْرَعَ مَا شَاءَ . وَإِنْ اسْتَعَارَهَا لِلزَّرْعِ ، لَمْ يَغْرِسْ ، وَلَمْ يَبْنِ . وَإِنْ اسْتَعَارَهَا لِلغَرَسِ أَوْ الْبِنَاءِ مَلَكَ الْمَادُّونَ لَهُ فِيهِ مِنْهُمَا^(٢) دُونَ الْآخِرِ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُمَا مُخْتَلِفٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ اسْتَعَارَهَا لِلزَّرْعِ الْحِنْطَةَ . فَلَهُ زَرْعُ الشَّعِيرِ ، وَقَدْ ذَكَّرْنَا ذَلِكَ مُفَصَّلًا فِي الْإِجَارَةِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَذِنَ لَهُ فِي زَرْعِ مَرَّةٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَزْرَعَ أَكْثَرَ مِنْهَا . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي غَرْسِ شَجَرَةٍ ، فَاثْقَلَتْ ، لَمْ يَمْلِكْ غَرْسَ أُخْرَى ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ اخْتَصَّ بِشَيْءٍ لَمْ يُجَاوِزْهُ .

فصل : وَمَنْ اسْتَعَارَ شَيْئًا ، فَلَهُ اسْتِيفَاءُ مَنْفَعَتِهِ بِنَفْسِهِ وَبَوَكِيلِهِ ؛ لِأَنَّ وَكِيلَهُ نَابَ عَنْهُ ، وَيَدُهُ كِيْدُهُ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُوجِرَهُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكِ الْمَنَافِعَ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَمْلِكَهَا . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ لَا يَمْلِكُ الْعَيْنَ . وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ لِلْمُسْتَعِيرِ اسْتِيعْمَالَ الْمُعَارِ فِيمَا أَذِنَ لَهُ فِيهِ .

فائدة : قَوْلُهُ : وَحُكْمُ الْمُسْتَعِيرِ فِي اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ حُكْمُ الْمُسْتَأْجِرِ . يَعْنِي ،

(١) فِي م : (د) .

(٢) فِي م : (د) مِنْهَا .

وَالْعَارِيَّةُ مَضْمُونَةٌ بِقِيمَتِهَا يَوْمَ التَّلْفِ ، وَإِنْ شَرِطَ نَفْيُ ضَمَانِهَا .

فصل : وليس له أن يرهنه بغير إذن مالكه ، وله ذلك بإذنه ، بشرط ذكرناها في باب الرهن مفصلة ، وذكرنا الاختلاف في ذلك . ولا يصير المعير ضامنا للدَّين . وقال الشافعي : يصير ضامنا في رقة عبده . في أحد قوليّه ؛ لأنَّ العارية ما يستحقُّ به منفعة العين ، والمنفعة ههنا للمالك ، فدلَّ على أنه ضامن . ولنا ، أنه أعاره ليقضي منه حاجته^(١) ، فلم يكن ضامنا ، كسائر العواري ، وإنما يستحقُّ بالعارية النفع المأذون فيه ، وما عداه من النفع فهو للمالك العين . والله أعلم .

٢٢٧٥ - مسألة : (والعارية مضمونة بقيمتها يوم التَّلْفِ ، وإن شرط نفي ضمانها) سواء تعدى المستعير فيها أو لم يتعد . روى ذلك عن ابن عباس ، وأبي هريرة . وهو قول الشافعي ، وإسحاق . وقال

أنه كالمستأجر في استيفاء المنفعة بنفسه ، وبمن قام مقامه ، وفي استيفائها بعينها ، وما دونها في الضرر من نوعها ، إلا أنَّهما يختلفان في شيئين ؛ أحدهما ، لا يملك الإعارة ولا الإجارة ، على ما يأتي . الثاني ، الإعارة لا يشترط لها تعيين نوع الانتفاع ، فلو أعاره مطلقا ، ملك الانتفاع بالمعروف في كل ما هو مهيأ له ، كالأرض مثلا . هذا الصحيح ، وفيه وجه ، أنها كالإجارة في هذا . ذكره في « التلخيص » وغيره . ذكر ذلك الحارثي وغيره .

قوله : والعارية مضمونة بقيمتها يوم التَّلْفِ ، وإن شرط نفي ضمانها . هذا المذهب ،

(١) في م : « حاجته » .

الحسن ، والنخعي ، والشعبي ، وعمر بن عبد العزيز ، والثوري ، وأبو حنيفة ، ومالك ، والأوزاعي ، وابن شبرمة^(١) : هي أمانة ، لا يجب ضمانها إلا بالتعدي ؛ لما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، أن النبي ﷺ قال : « ليس على المستعير غير المغل^(٢) ضمان^(٣) . ولأنه قبضها بإذن مالِكها ، فكانت أمانة ، كالوديعة . قالوا : وقول النبي ﷺ : « العارية مؤداة^(٤) » . يدل على أنه أمانة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾^(٥) . ولنا ، قول النبي ﷺ في حديث صفوان : « بل عارية مضمونة^(٦) » . وروى الحسن ، عن سمره ، عن النبي ﷺ أنه قال : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » .

نص عليه بلا ريب ، وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المغني » ، و « الشرح » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، وغيرهم . قال الحارثي : نص أحمد على ضمان العارية ، وإن لم يتعد فيها ، كثير متكرر جداً من جماعات . وقف على رواية اثنين وعشرين رجلاً . وذكرها . قال في

(١) في الأصل ، ر ، ق : « سيرين » .

(٢) المغل : الخائن .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب العارية ، من كتاب البيوع . المصنف ١٧٨/٨ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٤١/٣ . والبيهقي ، في : باب من قال لا يغر ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٩١/٦ .

(٤) تقدم تخريجه في ٦/١٣ .

(٥) سورة النساء ٥٨ .

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ٦٣ .

رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(١) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . وَلِأَنَّهُ أَخَذَ مِلْكَ غَيْرِهِ لِنَفْعٍ نَفْسِهِ مُتَفَرِّدًا بِنَفْعِهِ ، مِنْ غَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ وَلَا إِذْنٍ فِي الْإِتْلَافِ ، فَكَانَ مَضْمُونًا ، كَالْمَغْصُوبِ ، وَالْمَأْخُوذِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ . وَحَدِيثُهُمْ يَرْوِيهِ عُمَرُ^(٢) بْنُ عَبْدِ الْجَبَّارِ ، عَنْ عُبَيْدِ بْنِ حَسَّانٍ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، وَعُمَرُ وَعُبَيْدٌ ضَعِيفَانِ . قَالَ الدَّارَقُطْنِيُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ ضَمَانَ الْمَنَافِعِ وَالْأَجْرِ ، وَقِيَاسُهُمْ مَنَقُوضٌ بِالْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ نَفَى الضَّمَانِ [٢٦١/٤ ط] ، لَمْ يَسْقُطْ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ : يَسْقُطُ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : أَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ قَتَادَةُ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أُذِنَ فِي إِتْلَافِهَا ، لَمْ يَجِبْ ضَمَانُهَا . فَكَذَلِكَ إِذَا أَسْقَطَ عَنْهُ ضَمَانُهَا . وَقِيلَ . بَلْ مَذْهَبُ قَتَادَةَ وَالْعَنْبَرِيِّ ، أَنَّهَا لَا تُضْمَنُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ ضَمَانُهَا فَيَجِبَ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ

« الْفُرُوعِ » : وَقَاسَ جَمَاعَةٌ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ عَلَى الْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ ، [٢/ ١٨٤ ط] فَذَلَّ عَلَى رِوَايَةِ مُخَرَّجَةٍ ، وَهُوَ مُتَّجَةٌ . انْتَهَى . وَذَكَرَ الْحَارِثِيُّ خِلَافًا ، لَا يَضْمَنُ ، وَذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ عَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ الْقَيِّمِ فِي « الْهَدْيِ » .

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي تَضْمِينِ الْعَارِيَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٦٥/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي أَنَّ الْعَارِيَةَ مُؤَدَّةٌ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيُوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٦٩/٥ .
كَمَا أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْعَارِيَةِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٨٠٢/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْعَارِيَةِ مُؤَدَّةٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢٦٤/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٨/ ١٢ .
(٢) فِي الْأَصْلِ ، تَش : « عَمْرُو » .

وَكُلُّ مَا كَانَ أَمَانَةً لَا يَصِيرُ مَضْمُونًا بِشَرْطِهِ ، وَمَا كَانَ مَضْمُونًا

المقنع

الشرح الكبير

لَصَفْوَان : « بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ » . وَلَنَا ، أَنْ كُلَّ عَقْدٍ اقْتَضَى الضَّمَانَ ،
لَمْ يُعَيِّرْهُ الشَّرْطُ ، كَالْمَقْبُوضِ بَيْنَ صَحِيحٍ أَوْ فَاسِدٍ ، وَمَا اقْتَضَى الْأَمَانَةُ
فَكَذَلِكَ ، كَالْوَدِيعَةِ وَالشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ . وَالَّذِي كَانَ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ
إِخْبَارٌ بِصِفَةِ الْعَارِيَّةِ وَحُكْمِهَا . وَفَارَقَ مَا إِذَا أُذِنَ فِي الْإِتْلَافِ ، فَإِنَّ
الْإِتْلَافَ فَنَلَّ يَصِحُّ فِيهِ الْإِذْنُ ، وَيَسْقُطُ حُكْمُهُ ، إِذَا لَا يَتَعَقَّدُ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ
مَعَ الْإِذْنِ فِيهِ ، وَإِسْقَاطُ الضَّمَانِ هُنَا نَفَى لِلْحُكْمِ مَعَ وُجُودِ سَبَبِهِ ، وَلَيْسَ
ذَلِكَ لِلْمَالِكِ ، وَلَا يَمْلِكُ الْإِذْنَ فِيهِ .

فصل : وَتَضَمَّنَ بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ التَّلَفِ ، إِلَّا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَجِبُ فِيهِ
ضَمَانُ الْأَجْزَاءِ التَّالِفَةِ بِالْإِنْتِفَاعِ الْمَآذُونِ فِيهِ ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُهَا بِقِيَمَتِهَا قَبْلَ
تَلَفِ أَجْزَائِهَا إِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهَا حِينَئِذٍ أَكْثَرَ ، وَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ ، ضَمَنَهَا بِقِيَمَتِهَا
يَوْمَ تَلَفِهَا عَلَى الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا ، وَيَضْمَنُهَا بِمَثْلِهَا إِنْ كَانَتْ مِثْلِيَّةً .

٢٢٧٦ - مسألة : (وَكُلُّ مَا كَانَ أَمَانَةً لَا يَصِيرُ مَضْمُونًا بِشَرْطِهِ)
لَأَنَّ مُقْتَضَى الْعَقْدِ كَوْنُهُ أَمَانَةً ، فَإِذَا شَرَطَ ضَمَانَهُ ، فَقَدْ التَزَمَ ضَمَانًا مَا
لَمْ يُوجَدْ سَبَبُ ضَمَانِهِ ، فَلَمْ يُلْزَمْهُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَطَ ضَمَانُ الْوَدِيعَةِ ، أَوْ
ضَمَانُ مَالٍ فِي يَدِ مَالِكِهِ (وَمَا كَانَ مَضْمُونًا لَا يَنْتَفِي ضَمَانُهُ بِشَرْطِهِ) لِأَنَّ
مُقْتَضَى الْعَقْدِ الضَّمَانَ ، فَإِذَا شَرَطَ نَفَى ضَمَانَهُ لَا يَنْتَفِي مَعَ وُجُودِ سَبَبِهِ ،

الإيضاح

المقنع
لَا يَنْتَفِي ضَمَانُهُ بِشَرْطِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ ذُكِرَ لَهُ ذَلِكَ فَقَالَ :
الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ . فَيَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الضَّمَانِ بِشَرْطِهِ .
وَإِنْ تَلَفَتْ أَجْزَاؤُهَا بِالِاسْتِعْمَالِ ؛ كَخَمْلِ الْمِنْشَفَةِ ، فَعَلَى
وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير
كما لو اشترط نفي ضمان ما يتعدى فيه (وعن أحمد ، أنه ذكر له ذلك فقال :
المؤمنون على شروطهم . وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه) والأول
ظاهر المذهب ؛ لما ذكرناه .

٢٢٧٧ - مسألة : (وإن تلفت أجزاؤها بالاستعمال ؛ كخمل

الإيناص
قوله : وعن أحمد ، أنه ذكر له ذلك ، فقال : المؤمنون على شروطهم . فَيَدُلُّ
عَلَى نَفْيِ الضَّمَانِ بِشَرْطِهِ . فهذه رواية بالضمان ، إن لم يُشَرِّطْ نَفْيُهُ . وجزم بها
في « التَّبَصُّرَةِ » . وعنه ، يَضْمَنُ إِنْ شَرَطَهُ ، وَإِلَّا فَلَا . اختاره أَبُو حَفْصٍ
العُكْبَرِيُّ ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَصَاحِبُ « الْفَائِقِ » .

وقوله : وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه . هذا المذهب ، وعليه
الأصحاب . قال في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « الْفَائِقِ » ، وغيرهم : هذا
ظاهر المذهب . وجزم به في « الْوَجِيزِ » وغيره . وقدمه في « الْفُرُوعِ » وغيره .
وعنه : الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ . كما تقدم .

فائدة : لَا يَضْمَنُ الْوَقْفَ إِذَا اسْتَعَارَهُ وَتَلَفَ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، كَكُتُبِ الْعِلْمِ
وغيرها ، في ظاهر كلام الإمام أحمد والأصحاب . قاله في « الْفُرُوعِ » . وعلى
هذا لو استعاره برهن ، ثم تلف ، أَنَّ الرَّهْنَ يَرْجِعُ إِلَى رَبِّهِ . قلتُ : فيعائى بها فيهما .
قوله : وَإِنْ تَلَفَتْ أَجْزَاؤُهَا بِالِاسْتِعْمَالِ ، كَخَمْلِ الْمِنْشَفَةِ ، فعلى وجهين .

الْمِنْشَفَةِ^(١) ، فعلى وَجْهَيْنِ (وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ إِذَا انْتَفَعَ بِالْعَارِيَةِ ثُمَّ رَدَّهَا عَلَى صِفَتِهَا ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ مَا ذُوْنَ فِي إِتْلَافِهَا ، فَلَا يَجِبُ عَوَضُهَا^(٢) . وَإِنْ تَلَفَ شَيْءٌ مِنْ أَجْزَائِهَا الَّتِي لَا تَذْهَبُ بِالِاسْتِعْمَالِ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّ مَا تُضْمَنُ جُمْلَتُهُ تُضْمَنُ أَجْزَاؤُهُ ، كَالْمَغْضُوبِ . فَأَمَّا أَجْزَاؤُهَا الَّتِي تَذْهَبُ بِالِاسْتِعْمَالِ كَخَمْلِ الْمِنْشَفَةِ وَالْقَطِيفَةِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجِبُ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهَا^(٣) أَجْزَاءُ عَيْنٍ مَضْمُونَةٍ ، فَوَجِبَ ضَمَانُهَا ، كَالْمَغْضُوبِ ، وَلِأَنَّهَا أَجْزَاءُ يَجِبُ ضَمَانُهَا لَوْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ قَبْلَ اسْتِعْمَالِهَا ، فَتُضْمَنُ إِذَا تَلَفَتْ وَحْدَهَا ، كَالْأَجْزَاءِ الَّتِي لَا تَتَلَفُ بِالِاسْتِعْمَالِ . وَالثَّانِي ، لَا يَضْمَنُهَا . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ فِي الْاسْتِعْمَالِ تَضَمُّنُهُ ، فَلَا يَجِبُ ضَمَانُهُ ، كَالْمَنَافِعِ ، وَكَأَنَّ لَوْ أُذِنَ فِي إِتْلَافِهَا صَرِيحًا . وَفَارَقَ مَا إِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ قَبْلَ اسْتِعْمَالِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَمْيِيزُهَا مِنَ الْعَيْنِ ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا أُذِنَ فِي إِتْلَافِهَا عَلَى وَجْهِ الْإِنْتِفَاعِ ، فَإِذَا

أَصْلُهَا احْتِمَالَانِ لِلْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، « الْإِنْصَافِ » وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَضْمَنُ ، إِذَا كَانَ اسْتِعْمَالُهَا بِالْمَعْرُوفِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : لَمْ يَضْمَنْ فِي الْأَصَحِّ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ،

(١) خمل المنشفة : هديها .

(٢) في الأصل : « ضمانها » .

(٣) في م : « لأنه » .

تَلَفَتْ قَبْلَ ذَلِكَ ، فَقَدْ فَاتَتْ^(١) عَلَى غَيْرِ الْوَجْهِ الَّذِي أُذِنَ فِيهِ ، فَضَمِنَهَا ،
 كَمَا لَوْ أَجَرَ الْعَيْنَ الْمُسْتَعَارَةَ ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ مَنَافِعَهَا . فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَضْمَنُ
 الْأَجْزَاءَ . فَتَلَفَتْ الْعَيْنُ بَعْدَ ذَهَابِهَا بِالِاسْتِعْمَالِ ، قُوِّمَتْ حَالُ التَّلَفِ ؛ لِأَنَّ
 الْأَجْزَاءَ التَّالِفَةَ تَلَفَتْ غَيْرَ مَضْمُونَةٍ ؛ لَكَوْنِهَا مَأْذُونًا فِي إِتْلَافِهَا ، فَلَا يَجُوزُ
 تَقْوِيمُهَا عَلَيْهِ . وَإِنْ قُلْنَا : تُضْمَنُ الْأَجْزَاءُ . قُوِّمَتْ الْعَيْنُ قَبْلَ تَلَفِ
 [٢٦٢/٤] أَجْزَائِهَا . فَإِنْ تَلَفَتْ الْأَجْزَاءُ بِاسْتِعْمَالِ غَيْرِ مَأْذُونٍ فِيهِ ، كَمَنْ
 اسْتَعَارَ ثَوْبًا لِيَلْبَسَهُ ، فَحَمَلَ فِيهِ ثَرَابًا ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ نَقْصَهُ وَمَنَافِعَهُ ؛ لِأَنَّهُ
 تَلَفَ بَتَعَدِّيهِ . وَإِنْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَعَدٍّ مِنْهُ وَلَا اسْتِعْمَالٍ ، كَتَلَفِهَا بِمُرُورِ الزَّمَانِ
 الطَّوِيلِ عَلَيْهَا ، وَوُقُوعِ نَارٍ فِيهَا ، ضَمِنَ مَا تَلَفَ بِالنَّارِ وَنَحْوِهَا ؛ لِأَنَّهُ
 تَلَفَ لَمْ يَتَضَمَّنْهُ الْاسْتِعْمَالُ الْمَأْذُونُ فِيهِ ، فَهُوَ كَتَلَفِهَا بِفِعْلٍ لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ .
 وَمَا تَلَفَ بِطُولِ الزَّمَانِ كَالَّذِي تَلَفَ بِالِاسْتِعْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِالْإِمْسَاكِ
 الْمَأْذُونِ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ تَلَفَهُ بِالْفِعْلِ الْمَأْذُونِ فِيهِ .

الشرح الكبير

و « الْحَاوِي الصَّغِير » ، و « تَجْرِيدُ الْعِنَايَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَطَعَ بِهِ فِي
 « التَّعْلِيقِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَضْمَنُ . وَكَلَامُهُ فِي « الْوَجِيزِ »
 مُحْتَمِلٌ . وَقَدَّمَ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » .

الإيضاح

فَالِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ تَلَفَتْ كُلُّهَا بِالِاسْتِعْمَالِ بِالْمَعْرُوفِ ، فَحُكْمُهَا كَذَلِكَ ،
 وَكَذَا الْحُكْمُ وَالْمَذْهَبُ لَوْ تَلَفَ وَلَدُ الْعَارِيَةِ ، أَوْ الزَّيَادَةُ . وَفِي ضَمَانِ وَلَدِ الْمُؤَجَّرَةِ
 وَالْوَدِيعَةِ ، الْوَجْهَانِ . وَتَقَدَّمَ فِي أَثْنَاءِ بَابِ الضَّمَانِ ، فِي أَوَاخِرِ الْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ
 السُّومِ ، حُكْمُ وَلَدِ الْجَانِيَةِ ، وَالضَّامِنَةِ ، وَالشَّاهِدَةِ ، وَالْمَوْصَى بِهَا . وَيَأْتِي حُكْمُ

(١) فِي ر ١ : تَلَفَتْ .

وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُعِيرَ ، المقنع

الشرح الكبير
فصل : ولا يَجِبُ ضَمَانُ وَلَدِ الْعَارِيَةِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْإِعَارَةِ ^(١) ، فَلَمْ يَدْخُلْ فِي الضَّمَانِ ، وَلَا فَائِدَةُ لِلْمُسْتَعِيرِ فِيهِ ، أَشْبَهَ الْوَدِيعَةَ . وَيُضْمَنُ فِي الْآخِرِ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدٌ عَيْنٍ مَضْمُونَةٍ ، أَشْبَهَ وَلَدَ الْمَعْصُوبَةِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ فَإِنَّ وَلَدَ الْمَعْصُوبَةِ لَا يُضْمَنُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعْصُوبًا ، وَكَذَلِكَ وَلَدُ ^(٢) الْعَارِيَةِ إِذَا لَمْ يُوجَدْ ^(٣) مَعَ أُمِّهِ . ^(٤) وَإِنَّمَا يُضْمَنُ وَلَدُ الْمَعْصُوبَةِ إِذَا كَانَ مَعْصُوبًا ، فَلَا أَثَرَ لَكَوْنِهِ وَلَدًا لَهَا .

٢٢٧٨ - مسألة : (وليس للمستعير أن يعير) وهذا أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعي . وفي الآخر ، له ذلك . وهو قولُ أبي حنيفة ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُهُ عَلَى حَسَبِ مَا مَلَكَه ، فَجَاز ، كَأَجَارَةِ الْمُسْتَأْجِرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَذْهَبًا لِأَحْمَدَ ^(٥) فِي الْعَارِيَةِ الْمُؤَقَّتَةِ ، بِنَاءً ^(٦) عَلَى كَوْنِهِ إِذَا أَعَارَهُ أَرْضَهُ سَنَةً لِيُنْبِي فِيهَا ، لَمْ يَحِلَّ الرَّجُوعُ قَبْلَ السَّنَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَ

وَلَدِ الْمُكَاتَبَةِ ، وَالْمُدْبَّرَةِ فِي بَيْنَهُمَا . الثَّانِيَةُ ، يُقْبَلُ قَوْلُ الْمُسْتَعِيرِ أَنَّهُ مَا تَعَدَّى ، بِلا نزاع . وَلَا يُضْمَنُ رَائِضٌ وَوَكِيلٌ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَعِيرٍ .

قوله : وليس للمستعير أن يعير . هذا الصحيح من المذهب مطلقاً ، وعليه جماهير

(١) في تش ، ر ١ : « العارية » .

(٢) سقط من : الأصل ، تش ، م .

(٣) في تش ، م : « يؤخذ » .

(٤-٤) سقط من : تش ، ر ١ ، م .

(٥-٥) في الأصل ، ر ، ق : « بناء في العارية » .

الْمَنْفَعَةُ ، فجازَتْ له إعارَتُها ، كالمُسْتَأْجِرِ بِعَقْدٍ لازِمٍ . (وَحَكَاهُ صَاحِبُ « الْمُحَرَّرِ » قَوْلًا لِأَحْمَدَ . قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِذَا اسْتَعَارَ ثَوْبًا لِيَلْبَسَهُ هُوَ ، فَأَعْطَاهُ غَيْرَهُ ، فَلَبَسَهُ ، فَهُوَ ضَامِنٌ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ مَنْ يَلْبَسُهُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِذَا لَمْ يَعْمَلْ بِهَا إِلَّا الَّذِي كَانَ يَعْمَلُ الَّذِي أُعِيرَهَا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ^(١) . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَارِيَّةَ إِبَاحَةُ الْمَنْفَعَةِ ، (فَلَمْ يَجُزْ) أَنْ يُيَحَّكَاهُ غَيْرَهُ ، كإِبَاحَةِ الطَّعَامِ . وَفَارَقَ الْإِجَارَةَ ؛ فَإِنَّهُ مَلَكٌ

الشرح الكبير

الأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » ، وَنَصَرَهُ . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ . وَحَكَاهُ جَمْعُ الْأَصْحَابِ . انْتَهَى . وَقِيلَ : لَهُ ذَلِكَ . قَالَ الشَّارِحُ : وَحَكَاهُ صَاحِبُ « الْمُحَرَّرِ » قَوْلًا لِأَحْمَدَ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : أَصْلُهُمَا ، هَلْ هِيَ هِبَةٌ مَنْفَعَةٌ ، أَمْ إِبَاحَةُ مَنْفَعَةٍ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَكَذَا هُوَ ظَاهِرُ بَحْثِ الْمُصَنِّفِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : أَصْلُ هَذَا مَا قَدَّمْنَا مِنْ أَنَّ الْإِعَارَةَ إِبَاحَةُ مَنْفَعَةٍ . وَقَالَ عَنِ الْوَجْهِ الثَّانِي : يَتَفَرَّقُ عَلَى رِوَايَةِ الزُّرْمِ فِي الْعَارِيَّةِ الْمُؤَقَّتَةِ . انْتَهَى . قُلْتُ : قَطَعَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ وَالثَّمَانِينَ » بِجَوَازِ إِعَارَةِ الْعَيْنِ الْمُعَارَةَ

الإنصاف

(١ - ١) جاء هذا في الأصل ، ر ، ق بعد قوله : « فجاز ، كإجارة المستأجر » ، السابق .

وفي م : « المجرد » بدلا من : « المحرر » .

(٢ - ٢) في م : « فلا يجوز » .

الشرح الكبير

الانْتِفَاعَ عَلَى كُلِّ وَجْهِ ، فَمَلَكَ أَنْ يُمْلِكَهَا ، وَفِي الْعَارِيَّةِ لَمْ يَمْلِكْهَا ، إِنَّمَا مَلَكَ اسْتِيفَاءَهَا عَلَى وَجْهِ مَا أُذِنَ فِيهِ ، فَأُشْبِهَ مَنْ أُبِيحَ لَهُ أَكْلُ الطَّعَامِ .
فَعَلَى هَذَا ، إِنْ أَعَارَ ، فَلِلْمَالِكِ الرُّجُوعُ بِأَجْرِ الْمِثْلِ ، وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ سَبَطَ غَيْرَهُ عَلَى أَخْذِ مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَالثَّانِي

المُؤَقَّتَةَ إِذَا قِيلَ بَلُزُومِهَا ، وَمِلْكُ الْمَنْفَعَةِ فِيهَا . انْتَهَى . قُلْتُ : وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، وَصَاحِبِ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ ، أَنَّ الْخِلَافَ هُنَا لَيْسَ مَبْنِيًّا ؛ فَإِنَّهُمْ قَالُوا : هِيَ هِبَةٌ مُنْفَعَةٌ . وَقَالُوا : لَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُعِيرَ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهِمَا تَعْلِيلُهَا بِشَرْطٍ . وَذَكَرَ فِي « الْمُتَنَحَّبِ » ، أَنَّهُ يَصِحُّ . قَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : يَكْفِي مَادَلٌّ عَلَى الرِّضَا مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ ، فَلَوْ سَمِعَ مَنْ يَقُولُ : أَرَدْتُ أَنْ يُعِيرُنِي كَذَا . فَأَعْطَاهُ . كَفَى ؛ لِأَنَّهُ إِبَاحَةٌ عَقْدٍ . انْتَهَى . وَقِيلَ : لَهُ أَنْ يُعِيرَهَا ، إِذَا وَقَّتَ لَهُ الْمُعِيرُ وَقْتًا ، وَإِلَّا فَلَا .

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، مَحَلُّ الْخِلَافِ إِذَا لَمْ يَأْذِنِ الْمُعِيرُ لَهُ ، فَأَمَّا إِنْ أُذِنَ لَهُ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَهُوَ وَاضِحٌ . الثَّانِيَةُ ، لَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُوجِرَ مَا اسْتَعَارَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُعِيرِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : لَهُ ذَلِكَ فِي الْإِعَارَةِ الْمُؤَقَّتَةِ . وَمَتَى قُلْنَا بِصِحَّتِهَا ، فَإِنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لَا يَضْمَنُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يَضْمَنُ . قُلْتُ : فَيُعَايَنِي بِهَا . وَتَقَدَّمَ عَكْسُهَا فِي الْإِجَارَةِ ، عِنْدَ قَوْلِهِ : وَلِلْمُسْتَأْجِرِ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ وَبِمِثْلِهِ . وَهُوَ لَوْ أَعَارَ الْمُسْتَأْجِرُ الْعَيْنَ الْمَأْجُورَةَ ، فَتَلَفَتْ عِنْدَ الْمُسْتَعِيرِ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ ، هَلْ يَضْمَنُهَا ؟ وَتَقَدَّمَ فِي بَابِ الرُّهْنِ جَوَازُ رَهْنِ الْمُعَارِ ، وَأَحْكَامُهُ ، فليُعاوَدَ . وَتَقَدَّمَ حُكْمُ سَهْمِ الْفَرَسِ الْمُسْتَعَارِ ، فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي بَابِ قِسْمَةِ الْغَنَائِمِ .

فَإِنْ فَعَلَ فَتَلَفَ عِنْدَ الثَّانِي ، فَلَهُ تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ ، وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الثَّانِي .

المقنع

اِسْتَوْفَاهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْأَوَّلَ ، رَجَعَ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّ الْاِسْتِيفَاءَ حَصَلَ مِنْهُ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الثَّانِي ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى الْأَوَّلِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الثَّانِي لَمْ يَعْلَمْ بِحَقِيقَةِ الْحَالِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَسْتَقِرَّ الضَّمَانُ عَلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّ الثَّانِي وَدَفَعَ إِلَيْهِ الْعَيْنَ عَلَى أَنَّهُ يَسْتَوْفِي مَنَافِعَهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ .

الشرح الكبير

٢٢٧٩ - مسألة : وَإِنْ تَلَفَتْ عِنْدَ الثَّانِي ، فَلِلْمَالِكِ (تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ) لَمَّا ذَكَرْنَا (وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الثَّانِي) بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهَا عَلَى أَنَّهَا مَضْمُونَةٌ عَلَيْهِ ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْأَوَّلَ ، رَجَعَ الْأَوَّلُ عَلَى الثَّانِي ، وَلَا يَرْجِعُ الثَّانِي إِنْ ضَمَّنَتْهُ عَلَى أَحَدٍ .

فوائد ؛ منها ، لو قال إنسان : لَا أُرْكَبُ الدَّابَّةَ إِلَّا بِأَجْرَةٍ . فَقَالَ رَبُّهَا : لَا أَخْذُ لَهَا أَجْرَةً . وَلَا عَقْدَ بَيْنَهُمَا ، فَرَكِبَهَا [١٨٤/٢ ط] وَتَلَفَتْ ، فَحُكِّمَتْ حُكْمُ الْعَارِيَةِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَقَالَ : قُلْتُ : إِنْ قَدَّرَ إِجَارَتَهَا ، فَهِيَ إِجَارَةٌ مُهْدَرَةٌ ، وَإِلَّا فَلَا . وَمِنْهَا ، لو أُرْكَبَ دَابَّتَهُ مُنْقَطِعًا لِلَّهِ تَعَالَى ، فَتَلَفَتْ تَحْتَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : يَضْمَنْ . وَمِنْهَا ، لو أُرْدَفَ الْمَالِكُ شَخْصًا ، فَتَلَفَتْ ، لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يَضْمَنْ نِصْفَ الْقِيَمَةِ . وَمَالَ إِلَيْهِ الْحَارِثِيُّ .

الإنصاف

الشرح الكبير

٢٢٨٠ - مسألة : (وعلى المُستعير مُؤْنَةُ رَدِّ العارِيَّةِ) لقولِ النبي ﷺ : « الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ » ^(١) . وقوله : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تَرُدَّهُ » ^(٢) . قال الترمذِيُّ : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَيَجِبُ رَدُّهَا إِلَى الْمُعِيرِ أَوْ وَكَيْلِهِ فِي قَبْضِهَا ، ^(٣) إِلَى الْمَوْضِعِ الَّذِي أَخَذَهَا مِنْهُ ، إِلَّا أَنْ يَتَّفَقَا عَلَى رَدِّهَا إِلَى غَيْرِهِ ، كَالْمَعْصُوبِ ^(٤) ، وَيَبْرَأُ بِذَلِكَ مِنْ ضَمَانِهَا . وَإِنْ رَدَّهَا إِلَى الْمَكَانِ الَّذِي أَخَذَهَا مِنْهُ ، أَوْ إِلَى مِلْكٍ صَاحِبِهَا ، لَمْ يَبْرَأْ مِنْ ضَمَانِهَا . [٢٦٦٢/٤ ط] . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : يَبْرَأُ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ كَالْمَقْبُوضَةِ ، فَإِنَّ رَدَّ الْعَوَارِيِّ فِي الْعَادَةِ يَكُونُ إِلَى أَمْلَاكِ أَرْبَابِهَا ، فَيَكُونُ مَا ذُونًا فِيهِ عَادَةً . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَرُدَّهَا إِلَى مَالِكِهَا ، وَلَا نَائِبِهِ فِيهَا ، فَلَمْ يَبْرَأْ مِنْهَا ، كَمَا لَوْ دَفَعَهَا إِلَى أَجَنَبِيٍّ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِالسَّارِقِ إِذَا رَدَّ الْمَسْرُوقَ إِلَى الْحِرْزِ ، وَلَا نَسْلُمُ أَنَّ الْعَادَةَ مَا ذَكَرَ .

قوله : وعلى المُستعير مُؤْنَةُ رَدِّ العارِيَّةِ . هذا المذهب ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطعوا به ؛ منهم المُصَنِّفُ ، والشارحُ ، والحلوانيُّ في « التَّبَصُّرَةِ » ، وصاحبُ « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، وابنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » ، وغيرُهم . وقيل : مُؤْنَةُ رَدِّهَا عَلَى الْمَالِكِ . ذَكَرَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّامِنَةِ وَالثَّلَاثِينَ » .

(١) تقدم تخريجه في ٦/١٣ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٩٠ .

(٣-٣) سقط من : تش ، ١ ، م .

فَإِنْ رَدَّ الدَّابَّةَ إِلَى إِصْطَبَلِ الْمَالِكِ أَوْ غُلَامِهِ ، لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الضَّمَانِ ،
إِلَّا أَنْ يَرُدَّهَا إِلَى مَنْ جَرَتْ عَادَتُهُ بِجَرَيَانِ ذَلِكَ عَلَى يَدِهِ ، كَالسَّائِسِ
وَنَحْوِهِ .

٢٢٨١ - مسألة : (فَإِنْ رَدَّ الدَّابَّةَ إِلَى إِصْطَبَلِ الْمَالِكِ أَوْ غُلَامِهِ ،
لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الضَّمَانِ ، إِلَّا أَنْ يَرُدَّهَا إِلَى مَنْ جَرَتْ عَادَتُهُ بِجَرَيَانِ ذَلِكَ عَلَى
يَدِهِ ، كَالسَّائِسِ وَنَحْوِهِ) قد ذكرنا في المسألة التي قبلها إذا رُدَّها إلى المكان
الذي أخذها منه . وإن رُدَّها إلى زَوْجَتِهِ الْمُتَصَرِّفَةِ فِي مَالِهِ ، أَوْ رَدَّ الدَّابَّةَ
إِلَى سَائِسِهَا ، فَقَالَ الْقَاضِي : يَبْرَأُ فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ فِي
الْوَدِيعَةِ : إِذَا سَلَّمَهَا إِلَى امْرَأَتِهِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّهُ مَا ذُوْنُ فِي ذَلِكَ ، أَشْبَهَ
مَا لَوْ أُذِنَ فِيهِ نُطْقًا .

قوله : فَإِنْ رَدَّ الدَّابَّةَ إِلَى إِصْطَبَلِ الْمَالِكِ أَوْ غُلَامِهِ ، لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الضَّمَانِ . هذا
المذهب ، وعليه الأصحاب ، إِلَّا أَنَّ صَاحِبَ « الرَّعَائِيَيْنِ » اخْتَارَ عَدَمَ الضَّمَانِ بِرَدِّهَا
إِلَى غُلَامِهِ .

قوله : إِلَّا أَنْ يَرُدَّهَا إِلَى مَنْ جَرَتْ عَادَتُهُ بِجَرَيَانِ ذَلِكَ عَلَى يَدِهِ ، كَالسَّائِسِ ،
وَنَحْوِهِ . كَزَوْجَتِهِ ، وَالْخَازِنِ ، وَالْوَكِيلِ الْعَامِّ فِي قَبْضِ حُقُوقِهِ . قَالَ فِي
« الْمُجَرَّدِ » . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . أَعْنَى ، أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ ، إِذَا رُدَّهَا إِلَى مَنْ جَرَتْ عَادَتُهُ
بِجَرَيَانِ ذَلِكَ عَلَى يَدِهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَعِنْدَ
الْحَلْوَانِيِّ ، لَا يَبْرَأُ بِدَفْعِهَا إِلَى السَّائِسِ . فظَاهِرُ مَا قَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، أَنَّهُ
لَا يَبْرَأُ إِلَّا بِدَفْعِهَا إِلَى رَبِّهَا ، أَوْ وَكِيلِهِ فَقَطْ ، وَيَأْتِي نَظِيرُ ذَلِكَ فِي الْوَدِيعَةِ .

فَصْلٌ : وَإِذَا اخْتَلَفَا ، فَقَالَ : أَجْرُكَ . قَالَ : بَلْ أَعْرَتْنِي عَقِيبَ
الْعَقْدِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاكِبِ .

الشرح الكبير

فصل : وَمَنْ اسْتَعَارَ شَيْئًا فَاَنْتَفَعَ بِهِ ، ثُمَّ ظَهَرَ مُسْتَحَقًّا ، فَلَمَّا لِكَه أُجِرَ
مِثْلَهُ ، يُطَالَبُ بِهِ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْمُسْتَعِيرَ ، رَجَعَ عَلَى الْمُعِيرِ
بِمَا غَرِمَ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهَ بِذَلِكَ وَغَرَّمَهُ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنْ لَا أُجَرَ عَلَيْهِ . وَإِنْ
ضَمَّنَ الْمُعِيرَ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ . قَالَ أَحْمَدُ ،
فِي قَصَارٍ دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى غَيْرِ صَاحِبِهِ ، فَلَبِسَهُ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْقَصَارِ دُونَ
اللَّابِسِ . وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ فِي الْعَصَبِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : (وَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ : أَجْرُكَ . قَالَ : بَلْ أَعْرَتْنِي عَقِيبَ
الْعَقْدِ) ^(١) « وَالْبَهِيمَةُ قَائِمَةٌ » (فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاكِبِ) إِذَا اخْتَلَفَ رَبُّ الدَّابَّةِ
وَالرَّاكِبُ ، فَقَالَ الرَّاكِبُ : هِيَ عَارِيَّةٌ . وَقَالَ الْمَالِكُ : أَكْرَيْتُكَهَا . وَكَانَتْ

الإنصاف

فائدة : لَوْ سَلَّمَ شَرِيكَ لَشَرِيكِه الدَّابَّةَ ، فَتَلَفَتْ بِلا تَفْرِيطٍ وَلَا تَعَدُّ ؛ بِأَنْ سَاقَهَا
فَوْقَ الْعَادَةِ ، وَنَحْوَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي
« الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ ، كَعَارِيَّةٍ ،
إِنْ كَانَ عَارِيَّةً ، وَإِلَّا لَمْ يَضْمَنْ . قُلْتُ : قَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » : يُعْتَبَرُ لِقَبْضِ
الْمُشَاعِ إِذْنُ الشَّرِيكِ فِيهِ ، فَيَكُونُ نِصْفُهُ مَقْبُوضًا تَمْلُكًا ، وَنِصْفُ الشَّرِيكِ أَمَانَةً .
وَقَالَ فِي « الْفُنُونِ » : بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ . وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي قَبْضِ الْهَبَةِ .

قوله : وَإِذَا اخْتَلَفَا ، فَقَالَ : أَجْرُكَ . قَالَ : بَلْ أَعْرَتْنِي - أَيْ ، إِذَا كَانَ

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ر ، ق .

وَأِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لَهَا أَجْرَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ فِيمَا مَضَى
مِنَ الْمُدَّةِ دُونَ مَا بَقِيَ مِنْهَا ، المقنع

الشرح الكبير
الدَّابَّةُ بَاقِيَةٌ لَمْ تَنْقُصْ ، وَكَانَ الْاِخْتِلَافُ عَقِيبَ الْعَقْدِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ
الرَّائِبِ^(١) ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ عَقْدِ الْإِجَارَةِ ، وَبَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنْهَا ، وَيُرَدُّ
الدَّابَّةُ إِلَى مَالِكِهَا ، وَكَذَلِكَ إِذَا ادَّعَى الْمَالِكُ أَنَّهَا عَارِيَةٌ ، وَقَالَ الرَّائِبُ :
قَدْ أَكْرَيْتَنِيهَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

٢٢٨٢ - مسألة : (وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لَهَا أَجْرَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ
الْمَالِكِ فِيمَا مَضَى مِنَ الْمُدَّةِ دُونَ مَا بَقِيَ مِنْهَا)^(٢) وَإِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ بَعْدَ
مُضِيِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِهَا أَجْرَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ مَعَ يَمِينِهِ^(٣) . حُكِيَ ذَلِكَ عَنْ
مَالِكٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : الْقَوْلُ قَوْلُ الرَّائِبِ . وَهُوَ مَنْصُوصٌ
الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى تَلْفِ الْمَنَافِعِ عَلَى مِلْكِ الرَّائِبِ ، وَادَّعَى الْمَالِكُ

الإنصاف
الْاِخْتِلَافُ - عَقِيبَ الْعَقْدِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّائِبِ . بِلَا نِزَاعٍ ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ ، فَلَا
يَعْرُومُ الْقِيَمَةَ .

وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لَهَا أَجْرَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ فِيمَا مَضَى مِنَ الْمُدَّةِ .
هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَبَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لَهَا أَجْرَةٌ ، يُقْبَلُ
قَوْلُ الْمَالِكِ فِي الْأَصَحِّ ، فِي مَاضِيهَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ،
و « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ .
وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ،

(١) بعدها في ر ١ ، م : « مَعَ يَمِينِهِ » .

(٢ - ٣) سقط من : تش ، م .

الشرح الكبير

عَوَضًا لَهَا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ وَجُوبِهِ وَبَرَاءَةُ ذِمَّةِ الرَّائِبِ مِنْهُ ، « فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ » . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّةِ انْتِقَالِ الْمَنَافِعِ إِلَى مِلْكِ الرَّائِبِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَالِكِ ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي عَيْنٍ ، فَقَالَ الْمَالِكُ : بَعْتُكَهَا . وَقَالَ الْآخَرُ : وَهَبْتُهَا . وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَجْرِي مَجْرَى الْأَعْيَانِ فِي الْمِلْكِ وَالْعَقْدِ عَلَيْهَا ، وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْأَعْيَانِ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَالِكِ ، كَذَا هُنَا . وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ . وَلِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَنْتَقِلُ إِلَى الرَّائِبِ إِلَّا بِنَقْلِ الْمَالِكِ لَهَا ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي كَيْفِيَّةِ الْانْتِقَالِ ، كَالْأَعْيَانِ ، فَيُخْلِفُ الْمَالِكُ ، وَيَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ .

الإنصاف

و « الْحَاوِي الصَّغِير » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : الْقَوْلُ قَوْلُ الرَّائِبِ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا اخْتَلَفَا عَقِبَ قَبْضِ الْعَيْنِ ، وَقَبْلَ انْتِفَاعِ الْقَابِضِ . يَعْنِي الْمَسْأَلَةَ الْأُولَى : قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : وَعِنْدِي أَنَّ كَلَامَهُ عَلَى ظَاهِرِهِ . وَعَلَّلَهُ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبِ ، يَخْلِفُ عَلَى نَفْيِ الْإِعَارَةِ . وَهَلْ يَتَعَرَّضُ لِإثْبَاتِ الْإِعَارَةِ ؟ قَالَ الْحَارِثِيُّ : ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ وَالْأَكْثَرِينَ ، التَّعَرُّضُ . وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : لَا يَتَعَرَّضُ لِإثْبَاتِ الْإِعَارَةِ ، وَلَا لِلْأَجْرَةِ الْمُسَمَّاةِ . وَقَطَعَ بِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْحَقُّ . فَعَلِيَ هَذَا الْوَجْهَ ، يَجِبُ أَقْلُ الْأَجْرَيْنِ مِنَ الْمُسَمَّى ، أَوْ أُجْرَةُ الْمِثْلِ . جَزَمَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » .

وَهَلْ يَسْتَحِقُّ أَجْرَةَ الْمِثْلِ ، أَوِ الْمُدَّعَى إِنْ زَادَ عَلَيْهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٢٢٨٣ - مسألة : (وهل يَسْتَحِقُّ أَجْرَةَ الْمِثْلِ ، أَوِ الْمُدَّعَى إِنْ زَادَ عَلَيْهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا ، أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهِمَا لَوْ اتَّفَقَا عَلَى وَجُوبِهِ ، وَاخْتَلَفَا فِي قَدْرِهِ ، وَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ ، فَمَعَ الْاِخْتِلَافُ فِي أَصْلِهِ أَوَّلَى . وَالثَّانِي ، الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ بِقَوْلِ الْمَالِكِ وَيَمِينِهِ ، فَوَجَبَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ ، كَالْأَصْلِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَثْبُتُ بِدَعْوَى الْمَالِكِ بغيرِ بَيِّنَةٍ ، وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بَدَلَ الْمَنْفَعَةِ وَهُوَ أَجْرُ الْمِثْلِ . وَقِيلَ : يَلْزَمُهُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ « مِنْ الْمُسَمَّى وَأَجْرُ الْمِثْلِ »^(١) ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُسَمَّى أَقْلًا فَقَدْ رَضِيَ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَجْرُ [٢٦٣/٤] الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ لَمْ تَثْبُتْ ، وَإِنَّمَا يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَالِكِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ فِيمَا مَضَى مِنْهَا ، وَأَمَّا فِيمَا بَقِيَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَعِيرِ ؛ لِأَنَّ مَا بَقِيَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ اخْتَلَفَا عَقِيبَ الْعَقْدِ . وَإِنْ ادَّعَى الْمَالِكُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَنَّهَا عَارِيَّةٌ ، وَادَّعَى الْآخَرُ أَنَّهَا بِأَجْرَةٍ ، فَهُوَ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ الْمَنَافِعِ ، وَيَعْتَرِفُ بِالْأَجْرِ لِلْمَالِكِ ، وَالْمَالِكُ يُنْكِرُ ذَلِكَ كُلَّهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، فَيَحْلِفُ ، وَيَأْخُذُ بِهَيْمَتِهِ .

قوله : وهل يَسْتَحِقُّ أَجْرَةَ الْمِثْلِ أَوِ الْمُدَّعَى إِنْ زَادَ عَلَيْهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفَائِقِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ « الْمُبْحَرِّ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ أَجْرَةُ الْمِثْلِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . صَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ،

[١٣٧ د] وَإِنْ قَالَ : أَعْرُتْكَ ، قَالَ : بَلْ أَجَرْتَنِي ، وَالْبَهِيمَةُ تَالِفَةٌ ، ^{المقنع} فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ .

٢٢٨٤ - مسألة : وَإِنْ اختلفَا بعدَ تَلَفِ الدَّابَّةِ فقال المَالِكُ (أَعْرُتْكَ) وقال الرَّاكِبُ (بَلْ أَجَرْتَنِي . فالقولُ قولُ المَالِكِ) إذا كان قبلَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِهَا ^(١) أَجْرَةٌ ، سواءً ادَّعى الإِجَارَةَ أو الإِعَارَةَ ^(٢) ؛ لأنَّهُ إِنْ ادَّعى الإِجَارَةَ فهو مُعْتَرِفٌ للرَّاكِبِ بِبِرَاءَةِ ذِمَّتِهِ مِنْ ضَمَانِهَا ، فَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ

وَصَاحِبُ « التَّصْحِيحِ » ، و « تَصْحِيحِ الْمُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرهم . ^{الإِنصاف} وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « الْمُنَوَّرِ » ، وغيرهم . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وغيرهم . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَسْتَحِقُّ الْمُدَّعَى ، إِنْ زَادَ عَلَى أَجْرَةِ الْمِثْلِ . وَقِيلَ : لَهُ الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَّى ، أَوْ أَجْرَةُ الْمِثْلِ . اخْتَارَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَأَطْلَقَهُنَّ الْحَارِثِيُّ . وَقِيلَ : يَسْتَحِقُّ الْمُسَمَّى مُطْلَقًا .

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ ادَّعى بعدَ زَرْعِ الْأَرْضِ أَنَّهَا عَارِيَّةٌ ، وَقَالَ رَبُّ الْأَرْضِ : بَلْ إِجَارَةٌ . ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . قُلْتُ : وَكَذَا جَمِيعُ مَا يَصْلُحُ لِلْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ ، إِذَا اختلفَا بعدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لَهَا أَجْرَةٌ . الثَّانِيَةُ ، قَوْلُهُ : وَإِنْ قَالَ : أَعْرُتْكَ . قَالَ : بَلْ أَجَرْتَنِي . وَالْبَهِيمَةُ تَالِفَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ . بَلَا نِزَاعٍ . وَكَذَا مِثْلُهَا فِي الْحُكْمِ لَوْ قَالَ : أَعْرُتَنِي . قَالَ : بَلْ أَوْدَعْتُكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ، وَيَضْمَنُ مَا انْتَفَعَ مِنْهَا ، وَكَذَا لَوْ اختلفَا فِي رَدِّهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ .

(١) فِي تَش ، ر ، أ ، م : « لَهَا » .

(٢) فِي م : « الْعَارِيَةِ » .

على نفسه ، وإن ادَّعى الإعارة ، فهو يدعى قيمتها ، والقول قوله ؛ لأنهما اختلفا في صفة القبض ، والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان ؛ لقول النبي ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تَرُدَّهُ » (١) . حديث حسن . وإذا حلف المالك استحق القيمة ، والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه ؛ لأنه منكراً للزيادة المختلف فيها ، والأصل عدمها . وإن اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لمثلها (٢) أجر ، والبهيمة تالفة ، وكان الأجر بقدر قيمتها ، أو كان ما يدعيه المالك أقل مما يعترف به الراكب ، فالقول قول المالك بغير يمين ، سواء ادَّعى الإجارة أو الإعارة ، إذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به خصمه . ويحتمل أن لا يأخذه إلا بيمين ؛ لأنه يدعى شيئا لا يصدق فيه ، ويعترف له خصمه بما لا يدعيه ، فيحلف على ما يدعيه . وإن كان ما يدعيه المالك أكثر ، بأن تكون قيمة الدابة أكثر من أجرها ، فادَّعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة ، وأنكر استحقاق الأجر ، وادَّعى الراكب أنها مكتراة ، أو كان الكراء أكثر من قيمتها ، فادَّعى المالك أنه أجرها ؛ ليجب له الكراء ، وادَّعى الراكب أنها عارية ، فالقول قول المالك في الصورتين ؛ لما قدمنا ، فإذا حلف ، استحق ما حلف عليه . ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا .

(١) تقدم نخرجه في صفحة ٩٠ .

(٢) في تش ، ر ، ١ ، م : « لها » .

وَأِنْ قَالَ : أَعْرَتْنِي . أَوْ : أَجْرَتْنِي . قَالَ : بَلْ غَصَبْتَنِي . فَالْقَوْلُ
قَوْلُ الْمَالِكِ . وَقِيلَ : قَوْلُ الْعَاصِبِ .

الشرح الكبير

٢٢٨٥ - مسألة : (وإن قال : أَجْرَتْنِي . أَوْ : أَعْرَتْنِي . قَالَ : بَلْ
غَصَبْتَنِي . فالقول قول المالك . وقيل : قول العاصب) إذا كان الاختلاف
عَقِيبَ الْعَقْدِ ، والدَّابَّةُ قَائِمَةٌ لم تَنْقُصْ ، فلا معنى للاختلاف ، ويأخذ
المالك دابته . وكذلك إن كانت الدَّابَّةُ تَالِفَةً ، وادَّعى الرَّاكِبُ العارية ؛
لأنَّ الْقِيَمَةَ تَجِبُ على الْمُسْتَعِيرِ كَوُجُوبِهَا على الغاصب . وإن كان
الاختلاف بعد مَضَى مُدَّةٍ لها أَجْرَةٌ ، فالاختلاف في وَجُوبِهِ ، والقول قول
المالك . وهذا ظاهر قول الشافعي . ونقل المزي عنده ، أَنَّ الْقَوْلَ قول
الرَّاكِبِ . وَذَكَرَهُ بعضُ أَصْحَابِنَا ؛ لأنَّ الْمَالِكَ يَدَّعِي عليه عَوَضًا الْأَصْلُ

قوله : وإن قال : أَعْرَتْنِي . أَوْ : أَجْرَتْنِي . قَالَ : بَلْ غَصَبْتَنِي . فالقول قول
المالك . الْقَوْلُ قول المالك ، في أَنَّهُ مَا أَجْرَهُ وَلَا أَعَارَهُ ، بلا نزاع ، ثم هُنَا صُورَتَانِ ؛
إِحْدَاهُمَا ، أَن يَقُولَ : أَعْرَتْنِي . فيقول المالك : بَلْ غَصَبْتَنِي . فَإِنْ وَقَعَ الاختلاف
عَقِيبَ الْعَقْدِ ، والدَّابَّةُ بَاقِيَةٌ ، أَخَذَهَا الْمَالِكُ ، وَلَا معنى للاختلاف ، وكذا إن كانت
تَالِفَةً . قاله الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : [٢ / ١٨٥] وَيُخْلِفُ ، على أَصَحِّ
الْوَجْهَيْنِ . وَإِنْ وَقَعَ بعد مَضَى مُدَّةٍ لها أَجْرَةٌ ، فَيَجِبُ عليه أَجْرَةُ الْمَثَلِ ؛ لأنَّ الْقَوْلَ
قول المالك . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وعليه جماهيرُ الْأَصْحَابِ ، وَصَحَّحُوهُ .
وقيل : الْقَوْلُ قول الرَّاكِبِ . وَأُطْلِقَهُمَا في « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
و « الْفَائِقِ » . الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ ، قَالَ : أَجْرَتْنِي . قَالَ : بَلْ غَصَبْتَنِي . فالقول قول
المالك . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وعليه جماهيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ
مِنْهُمْ ، وَصَحَّحُوهُ . وقيل : الْقَوْلُ قول الرَّاكِبِ .

براءة ذمته منه ، ولأن الظاهر من اليد أنها بحق ، فكان القول قول صاحبها .
ولنا ، ما قدمنا في المسألة التي قبلها ، بل هذا أولى ؛ لأنهما ثم اتفقا على
أن المنافع ملك للراكب ، وهما لم يتفقا على ذلك ، فإن المالك ينكر انتقال
الملك فيها إلى الراكب ، والراكب يدعيه ، والقول قول المنكر ؛ لأن
الأصل عدم الانتقال ، فيحلف ، ويستحق الأجر . فإنه قال المالك :
غصبته . وقال الراكب : أجرته . فالاختلاف ههنا في وجوب
القيمة ؛ لأن الأجر يجب في الموضعين ، إلا أن يختلف المسمى
[٢٦٣/٤] وأجر المثل ، فالقول قول المالك مع يمينه في وجوب القيمة .
فإن كانت الدابة تالفه عقيب أخذها ، حلف وأخذ قيمتها ، وإن كانت
قد بقيت ^(١) مدة لمثلها أجر ، والمسمى بقدر أجر المثل ، أخذه المالك ؛

تنبيهان ؛ أحدهما ، ثمرة الخلاف تظهر في هذه الصورة مع التلف ، فتجب
القيمة ، على المذهب . وعلى الثاني ، لا شيء على الراكب ، ويحلف ويبرأ . ومع
عدم التلف يرجع بالعين في الحال مع اليمين ، بلا نزاع ، ولا يأتي الوجه الآخر
هنا . قاله الحارثي . وأما الأجرة ، فمتفقان عليها ، اللهم إلا أن يتفاوت المسمى
وأجرة المثل ، فإن كان أجر المثل أقل ، أخذه المالك ، وكذلك لو استويا ،
ويحلف . على الصحيح ، وإن كان الأجر أكثر ، حلف ولا بد ، وجهها واحدا .
قاله الحارثي . الثاني ، قوله : وقيل : القول قول الغاصب . فيه تجوز . قال
الحارثي : وليس بالحسن ، وكان الأجود أن يقول : القابض أو الراكب ، ونحوه ؛
إذ قبول القول ينافي كونه غاصبا . انتهى .

(١) في الأصل : « تعين » .

الشرح الكبير

لَاتَّفَاقِهِمَا عَلَى اسْتِحْقَاقِهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ أَجْرُ الْمِثْلِ دُونَ الْمُسَمَّى .
وَفِي الْيَمِينِ وَجْهَانِ . وَإِنْ كَانَ زَائِدًا عَنِ الْمُسَمَّى ، لَمْ يَسْتَحِقَّهُ إِلَّا بِالْيَمِينِ ،
وَجْهًا وَاحِدًا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الإنصاف

فَائِدَةٌ : لَوْ قَالَ الْمَالِكُ : أَعْرُتُكَ . قَالَ : بَلِ أَوْدَعْتَنِي . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ،
وَيَسْتَحِقُّ قِيمَةَ الْعَيْنِ ، إِنْ كَانَتْ تَالِفَةً . وَلَوْ قَالَ الْمَالِكُ : أَوْدَعْتُكَ . قَالَ : بَلِ
أَعْرَتَنِي . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ أَيْضًا ، وَيَسْتَحِقُّ أَجْرَةَ مَا انْتَفَعَ بِهَا ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ :
غَصَبْتَنِي . ذَكَرَهُمَا فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » وَغَيْرِهِ .

كِتَابُ الْغَضَبِ

وَهُوَ الْاِسْتِيْلَاءُ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ قَهْرًا بِغَيْرِ حَقٍّ .

كِتَابُ الْغَضَبِ

(وهو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق) وهو مُحَرَّمٌ بالكتاب والسنة والإجماع ؛ أمّا الكتاب ، فقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ ^(١) . وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ وَتَذُلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ ^(٢) . وأمّا السنة ، فروى جابرٌ أنَّ رسولَ الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر : « إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ » ^(٣) ، كحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا ، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا ، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا . رواه مُسْلِمٌ

كِتَابُ الْغَضَبِ

قوله : وهو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق . وكذا قال في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « منبوك الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المذهب الأحمد » ، و « الحاوي الصغير » ، وغيرهم . وليس بجامع ؛ لعدم دخول غضب الكلب ، وخمر الدمي ، والمنافع ، والحقوق ، والاختصاص . قال الحارثي : وحقوق الولايات ؛ كمنصب

(١) سورة النساء ٢٩ .

(٢) سورة البقرة ١٨٨ .

(٣) سقط من : تش ، م .

وغيره^(١). وعن سعيد بن زيد قال : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « مَنْ أَخَذَ شَيْئًا مِنَ الْأَرْضِ ظُلْمًا ، طُوِّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ » مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢). وروى أبو حُرَّةَ الرَّقَاشِيُّ ، عن عمِّه وعمرو بن يَثْرِبِيٍّ ، عن

الإِمَارَةَ ، والقَضَاءِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : الاستيلاءُ يَسْتَدْعِي الْقَهْرَ وَالْعَلَبَةَ ، فَإِذَا ذُنَّ قَوْلُهُ : قَهْرًا . زِيَادَةٌ فِي الْحَدِّ ، وَلِهَذَا أَسْقَطَهُ فِي « الْمُعْنَى » . انتهى . قلتُ : الذي يَظْهَرُ ، أَنَّ الاستيلاءَ يَشْمَلُ الْقَهْرَ وَالْعَلَبَةَ وَغَيْرَهُمَا ، فَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى الاستيلاءِ ، لَوَرَدَ عَلَيْهِ الْمَسْرُوقُ ، وَالْمُنْتَهَبُ ، وَالْمُخْتَلَسُ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يُسَمَّى غَضَبًا ، وَيُقَالُ : اسْتَوْلَى عَلَيْهِ . وقال في « الْمُطْلِعِ » : فلو قال : الاستيلاءُ على حقِّ غيره . لَصَحَّ لَفْظًا ، وَعَمَّ مَعْنَى . انتهى . وقوله : لَصَحَّ لَفْظًا . لَكَوْنُ الْمُصَنِّفِ أَدْخَلَ « الْأَلْفَ وَاللَّامَ » عَلَى « غَيْرِ » . قال : والمعروفُ ، عِنْدَ أَهْلِ اللُّغَةِ ، عَدَمُ دُخُولِهِمَا عَلَيْهَا . قلتُ : قد حَكَى النَّوَوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي « تَهْذِيبِ الْأَسْمَاءِ وَاللُّغَاتِ »^(٣) ، عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْعَرَبِيَّةِ ، أَنَّهم جَوَّزُوا دُخُولَهُمَا عَلَى « غَيْرِ » . وَمِمَّنْ أَدْخَلَ الْأَلْفَ وَاللَّامَ عَلَى « غَيْرِ » مِنَ الْأَصْحَابِ ؛ مَنْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ ، وَصَاحِبُ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَالْحَارِثِيُّ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » : هُوَ الاستيلاءُ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ قَهْرًا ظُلْمًا . وَيَرِدُ عَلَيْهِ مَا تَقَدَّمَ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ،

(١) تقدم تخريجه في ٣٦٣/٨ . من حديث جابر في صفة الحج .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض ، من كتاب المظالم . وفي : باب ما جاء في سبع أرضين ، من كتاب بدء الخلق . صحيح البخاري ٣ / ١٧٠ ، ٤٠ / ١٣٠ . ومسلم ، في : باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها ، من كتاب المساقاة ٣ / ١٢٣٠ ، ١٢٣٢ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب من أخذ شيئاً من الأرض ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٦٧ . وإمام أحمد ، في : المسند ١ / ١٨٧ - ١٩٠ .

(٣) ٦٦ ، ٦٥/٢ .

النبي ﷺ أنه قال : « لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ ، إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ » . رواه الجوزجاني^(١) . وأَجْمَعَ المسلمون على تحريم العَصَبِ في الجملة ، وإنما اختلفوا في فروع منه ، نذكرها إن شاء الله تعالى .

تَبَعًا للحارثي : هو الاستيلاء على حقٍّ غيره قَهْرًا ظُلْمًا . قال الحارثي : هذا أَسَدُ الحُدُودِ . قلتُ : فهو أَوَّلَى مِنْ حَدِّ صَاحِبِ « الْمُطْلِعِ » وَأَمْنَعُ ؛ فَإِنَّهُ يَرُدُّ عَلَى حَدِّ صَاحِبِ « الْمُطْلِعِ » ، لَوْ اسْتَوَلَى عَلَى حَقِّ غَيْرِهِ ، مِنْ غَيْرِ ظُلْمٍ وَلَا قَهْرٍ ، أَنَّهُ يُسَمَّى غَضَبًا . وليس كذلك ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ ذَلِكَ مَعَ بَقِيَّةِ حَدِّ الْمُصَنَّفِ . وهو الظاهرُ . وقال في « الوجيز » : هو الاستيلاء على حقٍّ غيره ظُلْمًا . ويردُّ عليه ما أُخِذَ مِنْ غَيْرِ قَهْرٍ . وقال في « تجريد العناية » : هو استيلاء غَيْرِ حَرْبِيٍّ عَلَى حَقِّ غَيْرِهِ قَهْرًا بِغَيْرِ حَقٍّ . قلتُ : هو أَصَحُّ الحُدُودِ وَأَسْلَمُهَا . ويردُّ عَلَى حَدِّ غَيْرِهِ ، اسْتِيْلَاءُ الْحَرْبِيِّ ، فَإِنَّهُ اسْتِيْلَاءٌ عَلَى حَقِّ غَيْرِهِ قَهْرًا بِغَيْرِ حَقٍّ ، وليس بِغَضَبٍ . على ما يَأْتِي قَرِيبًا فِي كَلَامِ الشَّيْخِ تَقِيُّ الدِّينِ . وقال في « الْمُحَرَّرِ » : هو الاستيلاء على مَالِ الْغَيْرِ ظُلْمًا . وتابعه في « الفائق » ، و « إِدْرَاكِ الْغَايَةِ » ، وَمَعْنَاهُ فِي « الْكَافِي » ، و « الْعُمْدَةِ » ، و « الْمُغْنَى » . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَقَوْلُهُ : عَلَى مَالِ الْغَيْرِ ظُلْمًا . يَدْخُلُ فِيهِ مَالُ الْمُسْلِمِ ، وَالْمُعَاهَدِ ، وَهُوَ الْمَالُ الْمَعْصُومُ ، وَيَخْرُجُ مِنْهُ اسْتِيْلَاءُ الْمُسْلِمِينَ عَلَى أَمْوَالِ أَهْلِ الْحَرْبِ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِظُلْمٍ . وَيَدْخُلُ فِيهِ اسْتِيْلَاءُ أَهْلِ الْحَرْبِ عَلَى مَالِ الْمُسْلِمِينَ ، وَلَيْسَ بِجَيِّدٍ ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ مِنَ الْعَصَبِ الْمَذْكُورِ حُكْمُهُ . هَذَا بِإِجْمَاعِ الْمُسْلِمِينَ ؛ إِذْ لَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا يُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ ، وَلَا بِالْتَلَفِ ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي وُجُوبِ رَدِّ غَنِيَّةِ ، إِذَا قَدَرْنَا عَلَى أَخْذِهِ . وَأَمَّا أَمْوَالُ أَهْلِ الْبَغْيِ ، وَأَهْلِ الْعَدْلِ ، فَقَدْ لَا تَرَدُّ ؛ لِأَنَّهُ هُنَاكَ لَا يَجُوزُ

(١) تقدم تخريجه في ٤٣٢/١٣ .

المقنع وَتُضْمَنُ أُمُّ الْوَلَدِ وَالْعَقَارُ بِالْعَصْبِ .

الشرح الكبير

٢٢٨٦ - مسألة : (وَتُضْمَنُ أُمُّ الْوَلَدِ وَالْعَقَارُ بِالْعَصْبِ) وهو قول الشافعي ، وأبي يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : لَا تُضْمَنُ ؛ لِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا تَجْرِي مَجْرَى الْمَالِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الْغَيْرِ ، فَأُشْبِهَتْ الْحُرَّ . وَلَنَا ، أَنَّهَا تُضْمَنُ بِالْقِيَمَةِ ، فَتُضْمَنُ بِالْعَصْبِ ، كَالْقَيْنِ ، وَلِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ ، أُشْبِهَتْ الْمُدْبِرَةَ ، وَفَارَقَتْ الْحُرَّةَ ، فَإِنَّهَا لَيْسَتْ مَمْلُوكَةً ، وَلَا تُضْمَنُ بِالْقِيَمَةِ .

٢٢٨٧ - مسألة : (وَ) يُضْمَنُ (الْعَقَارُ بِالْعَصْبِ) وَيُتَصَوَّرُ

الإنصاف

الاستيلاء على عَيْنِهَا ، وَمَتَى أُتِلِفَتْ بَعْدَ الْاِسْتِيْلَاءِ عَلَى عَيْنِهَا ، ضُمِنَتْ ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي ضَمَانِهَا بِالْاِتْلَافِ وَقَتِ الْحَرْبِ . وَيَدْخُلُ فِيهِ مَا أَخَذَهُ الْمُلُوكُ وَالْقَطَاعُ مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِغَيْرِ حَقٍّ ؛ مِنَ الْمَكُوسِ ^(١) وَغَيْرِهَا . فَأَمَّا اِسْتِيْلَاءُ أَهْلِ الْحَرْبِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ، فَيَدْخُلُ فِيهِ ، وَلَيْسَ بِجَيِّدٍ ؛ لِأَنَّهُ ظُلْمٌ ، فَيَحْرُمُ عَلَيْهِمْ قَتْلُ النَّفُوسِ ، وَأَخْذُ الْأَمْوَالِ إِلَّا بِأَمْرِ اللَّهِ ، لَكِنْ يُقَالُ : لَمَّا كَانَ الْمَاخُوذُ مُبَاحًا بِالنَّسْبَةِ إِلَيْنَا ، لَمْ يَصِرْ ظُلْمًا فِي حَقِّنَا ، وَلَا فِي حَقِّ مَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ . فَأَمَّا مَا أُخِذَ مِنَ الْأَمْوَالِ وَالنَّفُوسِ ، أَوْ أُتِلِفَ مِنْهُمَا فِي حَالِ الْجَاهِلِيَّةِ ، فَقَدْ أَقْرَبَ قَرَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مُبَاحًا ؛ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ عَفَا عَنْهُ ، فَهُوَ عَفْوٌ بِشَرْطِ الْإِسْلَامِ ، وَكَذَلِكَ بِشَرْطِ الْأَمَانِ ، فَلَوْ تَحَاكَمَ إِلَيْنَا مُسْتَأْمَنَانِ ، حَكَمْنَا بِالْاِسْتِقْرَارِ . انْتَهَى . قُلْتُ : وَيَرُدُّ عَلَيْهِ مَا وَرَدَ عَلَى الْمُصَنَّفِ وَغَيْرِهِ مِمَّا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ . وَيَرُدُّ عَلَيْهِ أَيْضًا الْمَسْرُوقُ ، وَالْمُخْتَلَسُ ، وَنَحْوُهُمَا .

قوله : وَيُضْمَنُ الْعَقَارُ بِالْعَصْبِ - هذا المذهب ، وعليه الأصحاب ، حتى أن

(١) المفرد « مكس » : الضريبة يأخذها المكاس من يدخل البلد من التجار .

وَعَنُّهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْعَقَارَ لَا يُضْمَنُ بِالْغَضَبِ .

الشرح الكبير

غَضَبُ الْأَرَاضِي وَالْأَشْيَاءِ ، وَيَجِبُ ضَمَانُهُ عَلَى غَاصِبِهِ . هَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ أَحْمَدَ . وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عِنْدَ أَصْحَابِهِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَمُحَمَّدُ ابْنُ الْحَسَنِ . وَرَوَى ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ غَضِبَ أَرْضًا فَزَرَعَهَا ، ثُمَّ أَصَابَهَا غَرَقٌ مِنَ الْغَاصِبِ ، غَرِمَ قِيَمَةُ الْأَرْضِ ، فَإِنْ كَانَ سَبِيًّا^(١) مِنَ السَّمَاءِ ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهَا لَا تُضْمَنُ بِالْغَضَبِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو يُوسُفَ : لَا يُتَصَوَّرُ غَضَبُهَا ، وَلَا تُضْمَنُ بِالْغَضَبِ ، فَإِنْ أَتْلَفَهَا ، ضَمِنَهَا بِالْإِتْلَافِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ فِيهَا التَّنْقِلُ وَالتَّحْوِيلُ ، فَلَمْ يُضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَتَاعِهِ ، فَتَلَفَ الْمَتَاعُ ، وَلِأَنَّ الْغَضَبَ إِبْثَاتٌ يَدُ عَلَى الْمَالِ عُذْوَانًا ، عَلَى وَجْهِ تَزْوُلٍ بِهِ يَدُ الْمَالِكِ ، وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِي الْعَقَارِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ ظَلَمَ شَيْئًا مِنَ الْأَرْضِ ، طُوقَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ » . مُتَّفَقٌ عَلَى مَعْنَاهُ . وَفِي لَفْظٍ : « مَنْ غَضِبَ

الْقَاضِي وَأَكْثَرُ أَصْحَابِهِ لَمْ يَذْكُرُوا فِيهِ خِلَافًا - وَعَنُّهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْعَقَارَ لَا يُضْمَنُ بِالْغَضَبِ . نَقَلَهُ ابْنُ مَنْصُورٍ .

فَالَّذَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَخْصُلُ الْغَضَبُ بِمُجَرَّدِ الْاِسْتِيلَاءِ قَهْرًا ظُلْمًا ، كَمَا تَقَدَّمَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : يُعْتَبَرُ فِي غَضَبِ مَا يُنْقَلُ نَقْلُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » ، إِلَّا مَا اسْتَثْنَاهُ فِيهِ ، وَفِي « التَّرْغِيبِ » ، فَقَالَ : إِلَّا فِي رُكُوبِهِ دَابَّةً ، وَجُلُوسِهِ عَلَى فِرَاشٍ ، فَإِنَّهُ غَاصِبٌ . وَأَطْلَقَ الْوَجْهَيْنِ فِي « الرُّعَايَةِ » ، وَقَالَ : وَمَنْ رَكِبَ دَابَّةً ، أَوْ جَلَسَ عَلَى فِرَاشِهِ ، أَوْ سَرِيرِهِ قَهْرًا ،

(١) فِي م : « شَيْءًا » .

شِبْرًا مِنَ الْأَرْضِ» ^(١) . فَأَخْبَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَنَّهُ يُعْصَبُ وَيُظْلَمُ فِيهِ . وَلَأَنَّ مَا ضُمِّنَ فِي الْبَيْعِ ، وَجَبَ ضَمَانُهُ فِي الْعَصَبِ ، كَالْمَنْقُولِ ، وَلَأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْأَسْتِيلَاءَ عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَالِكِهِ ، مِثْلَ أَنْ يَسْكُنَ الدَّارَ وَيَمْنَعَ مَالِكَهَا مِنْ دُخُولِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَخَذَ الدَّابَّةَ وَالْمَتَاعَ . [٢٦٤/٤] وَأَمَّا إِذَا حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَتَاعِهِ ، ^(٢) «فَمَا اسْتَوْلَى» عَلَى مَالِهِ ، فَتَنْظِيرُهُ هَهُنَا أَنْ يَحْسِبَ الْمَالِكُ ، وَلَا يَسْتَوْلَى عَلَى دَارِهِ . وَأَمَّا مَا تَلَفَ مِنَ الْأَرْضِ يَفْعَلُهُ أَوْ بِسَبَبِ فِعْلِهِ ، كَهَدْمِ حِيطَانِهَا وَتَغْرِيقِهَا ، وَكَشْطِ تُرَابِهَا وَإِلْقَاءِ الْحِجَارَةِ فِيهَا ، أَوْ نَقْصِ يَحْصُلُ بِغَرَايِصِهِ أَوْ بِنَائِهِ ، فَيَضْمَنُهُ بغيرِ خِلَافٍ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِتْلَافٌ ، وَالْعَقَارُ يُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ ، مِنْ غَيْرِ اخْتِلَافٍ .

فصل : وَلَا يَحْصُلُ الْعَصَبُ مِنْ غَيْرِ اسْتِيلَاءٍ ، فَلَوْ دَخَلَ أَرْضَ إِنْسَانٍ أَوْ دَارَهُ ، لَمْ يَضْمَنْهَا بِدُخُولِهِ ، سِوَاءَ دَخَلَهَا بِإِذْنِهِ أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، وَسِوَاءَ

فَهُوَ غَاصِبٌ . الثَّانِيَةُ ، قَالَ فِي «الْقَاعِدَةِ الْحَادِيَةِ وَالتَّسْعِينَ» : مِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ : مَنْفَعَةُ الْبُضْعِ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْيَدِ . وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي «خِلَافِهِ» ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي «تَذَكُّرَتِهِ» ، وَغَيْرُهُمَا ، وَفَرَّغُوا عَلَيْهِ صِحَّةَ تَزْوِيجِ الْأُمَةِ الْمَعْصُوبَةِ ، وَأَنَّ الْغَاصِبَ لَا يَضْمَنُ مَهْرَهَا ، وَلَوْ حَبَسَهَا عَنِ النِّكَاحِ حَتَّى فَاتَ بِالْكِبَرِ ، وَخَالَفَ ابْنُ الْمُنَيِّ ، وَجَزَمَ فِي «تَعْلِيْقِهِ» بِضَمَانِ مَهْرِ الْأُمَةِ بِتَقْوِيَةِ النِّكَاحِ ، وَذَكَرَ فِي الْحُرَّةِ تَرَدُّدًا ؛ لِامْتِنَاعِ ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَيْهَا .

(١) أَخْرَجَهُ الطَّبْرَانِيُّ مِنْ حَدِيثِ وَائِلِ بْنِ حَجَرٍ ، بَلَفَظَ : «مَنْ غَضِبَ رَجُلًا أَرْضًا ظَلَمًا لَقِيَ اللَّهَ تَعَالَى وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانِ» . الْمَعْجَمُ الْكَبِيرُ ١٨/٢٢ .

(٢-٢) فِي تَشْ ، م : «وَاسْتَوْلَى» . وَفِي الْأَصْلِ ، ر ١ : «فَاسْتَوْلَى» .

وَأِنْ غَضِبَ كَلْبًا فِيهِ نَفْعٌ ، أَوْ خَمَرَ ذِمِّيٌّ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ . وَإِنْ أَتْلَفَهُ
لَمْ تَلْزِمَهُ قِيَمَتُهُ .

الشرح الكبير

كَانَ صَاحِبُهَا فِيهَا أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَقَالَ «بَعْضُ الشَّافِعِيِّينَ»^(١) : إِنْ دَخَلَهَا بِغَيْرِ
إِذْنِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا فِيهَا ، ضَمِنَهَا ، سَوَاءً قَصَدَ ذَلِكَ ، أَوْ ظَنَّ أَنَّهَا
دَارُهُ أَوْ دَارُ أَذْنٍ لَهُ فِي دُخُولِهَا ؛ لِأَنَّ يَدَ الدَّخِيلِ تَثَبُّتٌ عَلَيْهَا بِذَلِكَ ، فَيَصِيرُ
غَاصِبًا ، فَإِنَّ الْعَصَبَ إِثْبَاتُ الْيَدِ الْعَادِيَةِ ، وَهَذَا قَدْ ثَبَّتَ يَدَهُ ، بِدَلِيلِ
أَنَّهُمَا لَوْ تَنَازَعَا فِي الدَّارِ ، وَلَا بَيِّنَةً ، حُكِمَ بِهَا لِمَنْ هُوَ فِيهَا دُونَ الْخَارِجِ
مِنْهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَوَلٍ عَلَيْهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ دَخَلَهَا بِإِذْنِهِ ،
أَوْ دَخَلَ صَحْرَاءَهُ^(٢) ، وَلَأنَّهُ إِنَّمَا يَضْمَنُ بِالْعَصَبِ مَا يَضْمَنُهُ فِي الْعَارِيَةِ ،
وَهَذَا لَا تَثَبُّتٌ بِهِ الْعَارِيَّةُ ، وَلَا يَجِبُ بِهِ الضَّمَانُ فِيهَا ، فَكَذَلِكَ لَا يَثَبُّتُ
بِهِ الْعَصَبُ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ إِذْنٍ .

٢٢٨٨ - مَسْأَلَةٌ : (وَأِنْ غَضِبَ كَلْبًا فِيهِ نَفْعٌ ، أَوْ خَمَرَ ذِمِّيٌّ ، لَزِمَهُ
رَدُّهُمَا) إِذَا غَضِبَ كَلْبًا يَجُوزُ اقْتِنَاؤُهُ ، وَجَبَ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ
بِهِ وَاقْتِنَاؤُهُ ، فَأَشْبَهَ الْمَالَ . وَإِنْ أَتْلَفَهُ ، لَمْ يَغْرَمَهُ . وَفِيهِ اخْتِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ

قَوْلُهُ : وَأِنْ غَضِبَ كَلْبًا فِيهِ نَفْعٌ ، أَوْ خَمَرَ ذِمِّيٌّ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ . هَذَا الْمَذْهَبُ ،
وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقُطِعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» وَغَيْرِهِ .
وَذَكَرَ فِي «الْإِنْتِصَارِ» : لَا يُرَدُّ الْخَمْرُ ، وَتَلْزَمُ إِرَاقَتُهَا إِنْ حُدَّ ، وَلَا لَزِمَهُ تَرْكُهُ ،
وَعَلَيْهِمَا يُخَرَّجُ تَعْدِيرُ مُرْيِقِهِ . وَقَالَ فِي «الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ» : لَوْ غَضِبَ مُسْلِمٌ

(١-١) فِي م : «أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ» .

(٢) فِي تَش ، م : «صَحْرَاءُ لَهُ» .

في البيع ، وهو مبني على جواز بيعه . وإن حبسه مدة ، لم يلزمه أجر ؛ لأنه لا تجوز إيجارته . وقد ذكرناه في باب الإجارة^(١) . وإن غصب خمر ذمي ، لزمه ردّها ؛ لأنه يقرّ على شربها (فإن أتلّفه ، لم تلزمه قيمته) سواء أتلّفه مسلم أو ذمي ، وسواء كان لمسلم أو ذمي . نصّ عليه أحمد في رواية أبي الحارث ، في الرجل يهريق مسكراً لمسلم أو لذمي ، فلا ضمان عليه . وكذلك الخنزير . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يجب^(٢) ضمان الخمر والخنزير إذا أتلّفهما على ذمي . قال أبو حنيفة : إن كان مسلماً بالقيمة ، وإن كان ذمياً بالمثل ؛ لأنّ عقد الذمة إذا عصم عينا قومها ، كنفس الذمي ، وقد عصم خمر الذمي ، بدليل أنّ المسلم يمنع من إتلافها ، فيجب أن يقومها ، ولأنّها مال لهم يتمولونها ؛ لما روى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنّ عامله كتب إليه : إنّ أهل الذمة

خمرة ذمي ، أنبئ وجوب ردّها على ملكها لهم ، وفيه روايتان . حكاهما القاضي يعقوب وغيره ؛ إحداهما ، يملكونها ، فيجب الردّ . هذا قول جمهور أصحابنا . والثانية ، لا يملكونها ، فينبغي وجوب الردّ ، وقد يقال : لا يجب . واتفق الأصحاب على إراقتها ، إذا أظهرها ، ولو أتلّفها ، لم يضمنها ، عند الجمهور . وخرج أبو الخطاب وجهها بضمان قيمتها ، إذا قلنا : إنّها مال لهم . وأباه الأكثر . وحكى لنا قول : يضمنها الذمي للذمي . وقال في « الترغيب » ، و « غيون المسائل » ، وغيرهما : يردّ الخمر المحترمة ، ويردّ ما تخلل بيده ، إلّا

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « يجوز » .

يَمْرُونَ بِالْعَاشِرِ^(١) وَمَعَهُمُ الْخُمُورُ . فَكَتَبَ إِلَيْهِ عُمَرُ : وَلَوْ هُمْ يَبِيعُهَا ، وَخَذُوا مِنْهُمْ عَشْرَ ثَمَنِهَا . فَإِذَا كَانَتْ مَالًا لَهُمْ ، وَجَبَ ضَمَانُهَا ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِمْ . وَلَنَا ، مَا رَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَلَا إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ » . مُتَّفَقٌ^(٢) عَلَى صِحَّتِهِ .

وَمَا حَرَّمَ بَيْعُهُ لَا لِحُرْمَتِهِ ، لَمْ تَجِبْ قِيمَتُهُ ، كَالْمَيْتَةِ ، وَلَأنَّ مَا لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ ، لَا يَكُونُ مَضْمُونًا فِي حَقِّ الذَّمِّيِّ ، كَالْمُرْتَدِّ ، وَلَأنَّهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ^(٣) ، فَلَا تُضْمَنُ ، كَالْمَيْتَةِ ، وَدَلِيلُ أَنَّهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ ، أَنَّهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ^(٤) فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ ، فَكَذَلِكَ فِي حَقِّ الذَّمِّيِّ ، فَإِنَّ تَحْرِيمَهَا ثَبَتَ فِي حَقِّهِمَا ، وَخِطَابُ النَّوَهِى يَتَوَجَّهُ إِلَيْهِمَا ، فَمَا ثَبَتَ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا ، ثَبَتَ فِي حَقِّ الْآخَرِ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهَا مَعْصُومَةٌ ، بَلْ مَتَى أَظْهَرْتَ حَلَّتْ إِرَاقَتُهَا ، ثُمَّ لَوْ عَصَمَهَا مَا لَزِمَ تَقْوِيمُهَا ؛ فَإِنَّ نِسَاءَ أَهْلِ الْحَرْبِ وَصِبْيَانَهُمْ مَعْصُومُونَ غَيْرُ مُتَقَوِّمِينَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا مَالٌ عِنْدَهُمْ .

مَا أَرِيقَ ، فَجَمَعَهُ آخَرُ فَتَخَلَّلَ ؛ لَزَوَالِ يَدِهِ هُنَا . وَتَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ بَابِ إِزَالَةِ النَّجَاسَةِ الْإِنْصَافِ أَنَّ الصَّحِيحَ أَنَّ لَنَا خَمْرًا مُحْتَرَمَةً ؛ وَهِيَ خَمْرَةُ الْخُلَالِ . وَيَأْتِي فِي حَدِّ الْمُسْكِرِ ، هَلْ يُحَدُّ الذَّمِّيُّ بِشَرْبِهَا ؟ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ .

(١) العاشر : عامل الزكاة الذى يقدر العشر .

وتقدم تخریج الأثر فى ٤٣٠/١٠ .

(٢) فى م ، تش : « عليه » . والحديث تقدم تخریجه فى ٣٠٧/٢ حاشية (٢) .

(٣) فى الأصل : « مضمونة » .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

[٢٦٤/٤ ظ] يَنْتَقِضُ بِالْعَبْدِ الْمُرْتَدِّ ، فَإِنَّهُ مَالٌ عَنْدهُمْ . فَأَمَّا حَدِيثُ عُمَرَ ، فَمَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ تَرْكَ التَّعَرُّضِ لَهُمْ ، وَإِنَّمَا أَمَرَ بِأَخْذِ عَشْرِ أَثْمَانِهَا ؛ لِأَنَّهُمْ إِذَا تَبَايَعُوا وَتَقَابَضُوا ، حَكَمْنَا لَهُم بِالْمِلْكِ ^(١) وَلَمْ نَنْقُضْهُ ، وَتَسْمِيَتُهَا أَثْمَانًا مَجَازً ، كَمَا سَمَّى اللَّهُ تَعَالَى ثَمَنَ يُوسُفَ ثَمْنًا ، فَقَالَ : ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ﴾ ^(٢) .

تبيينان ؛ أحدهما ، محلُّ الخلافِ إذا كانت مَسْتُورَةً ، فأما إذا لم تكن مَسْتُورَةً ، فلا يُلْزَمُهُ رَدُّهَا ، قَوْلًا وَاحِدًا . الثَّانِي ، ظاهرُ كلامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّهُ لَوْ غَضِبَ خَمْرٌ مُسْلِمٌ ، لَا يُلْزَمُهُ رَدُّهُ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، لَكِنْ لَوْ تَخَلَّلَتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، وَجَبَ رَدُّهَا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْأَصْحَابُ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْأَوَّلِ لَمْ تَزُلْ عَنْهَا بِالْغَضَبِ ، فَكَأَنَّمَا تَخَلَّلَتْ فِي يَدِهِ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ وَالْثَّمَانِينَ » ، وَقَالَ : وَاخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُ الْأَصْحَابِ فِي زَوَالِ الْمِلْكِ بِمُجَرَّدِ التَّخْمِيرِ ، فَاطَّلَقَ الْأَكْثَرُونَ ، الزَّوَالَ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَظَاهِرُ كَلَامِ بَعْضِهِمْ ، أَنَّ الْمِلْكَ لَمْ يَزُلْ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الْمُعْنَى » ، فِي كِتَابِ الْحَجِّ ، وَفِي كَلَامِ الْقَاضِي مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ . وَبِكُلِّ حَالٍ لَوْ عَادَ خَلًّا ، عَادَ الْمِلْكَ الْأَوَّلُ بِحَقْوَقِهِ ، مِنْ ثُبُوتِ الرِّهْنِيَّةِ وَغَيْرِهَا ، حَتَّى لَوْ خَلَفَ خَمْرًا وَدَيْنًا ، فَتَخَلَّلَتْ ، قُضِيَ مِنْهُ دَيْنُهُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، فِي الرِّهْنِ . انْتَهَى .

قوله : وَإِنْ أَتَلَفَهُ ، لَمْ يُلْزَمُهُ قِيَمَتُهُ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، يُلْزَمُهُ قِيَمَةُ الْخَمْرِ . وَخُرِّجَ ، يَضْمَنُهَا الذَّمُّ بِمِثْلِهَا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَعَنْهُ ، يَرُدُّ

(١) فِي الْأَصْلِ : « بِذَلِكَ » .

(٢) سُورَةُ يُوسُفَ ٢٠ .

وَإِنْ غَضِبَ جِلْدَ مَيْتَةٍ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ رَدُّهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

فصل : فَإِنْ غَضِبَ مِنْ مُسْلِمٍ خَمْرًا ، حُرِّمَ رَدُّهَا ، وَوَجِبَتْ إِرَاقَتُهَا ؛ لِأَنَّ أَبَا طَلْحَةَ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ أَيْتَامٍ وَرَثُوا خَمْرًا ، فَأَمَرَهُ بِإِرَاقَتِهَا^(١) . وَإِنْ أَتْلَفَهَا أَوْ تَلَفَتْ عِنْدَهُ ، لَمْ يَجِبْ ضَمَانُهَا ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « إِنْ اللَّهُ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ »^(٢) . وَلِأَنَّ مَا حُرِّمَ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ ، لَمْ يَجِبْ ضَمَانُهُ ، كَالْمَيْتَةِ وَالْدِّمِ . فَإِنْ أُمْسَكَهَا حَتَّى صَارَتْ خَلًّا ، لَزِمَهُ رَدُّهَا ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ خَلًّا عَلَى حُكْمِ مِلْكِهِ ، فَلَزِمَ رَدُّهَا . فَإِنْ تَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا لَهُ ؛ لِأَنَّهَا مَالُ الْمَغْضُوبِ مِنْهُ تَلَفَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ . فَإِنْ أَرَاقَهَا ، فَجَمَعَهَا إِنْسَانٌ فَتَخَلَّلَتْ عِنْدَهُ^(٣) لَمْ يَلْزَمَهُ^(٤) رَدُّ الْخَلِّ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهَا بَعْدَ إِتْلَافِهَا وَزَوَالِ الْيَدِ عَنْهَا .

٢٢٨٩ - مسألة : (وَإِنْ غَضِبَ جِلْدَ مَيْتَةٍ ، فَهَلْ يَجِبُ رَدُّهُ ؟ عَلَى

الإنصاف

قِيمَتِهَا . وَقِيلَ : ذِمِّي . وَقَالَ فِي « الْإِيضَاحِ » : يَضْمَنُ الْكَلْبُ . وَيَأْتِي قَرِيبًا إِذَا صَادَ بِالْكَلْبِ ، وَغَيْرِهِ مِنَ الْجَوَارِحِ ، هَلْ يَرُدُّ الصَّيْدَ ، وَتَلْزَمُهُ الْأَجْرَةُ أَيْضًا ، أَمْ لَا ؟ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ . وَتَقْدَمُ أَوَّلُ الضَّمَانِ ، إِذَا أَسْلَمَ الْمَضْمُونُ لَهُ ، أَوْ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، هَلْ يَسْقُطُ الدِّينُ إِذَا كَانَ خَمْرًا ؟

قوله : وَإِنْ غَضِبَ جِلْدَ مَيْتَةٍ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ رَدُّهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الخمر تخلل ، من كتاب الأشربة . سنن أبي داود ٢/٢٩٣ . والإمام

أحمد ، في : المسند ٣/١١٩ ، ١٨٠ ، ٢٦٠ .

(٢) تقدم تخريجه في ٥٠/١١ .

(٣ - ٣) سقط من : م .

المقنع فَإِنْ دَبَّعَهُ ، وَقُلْنَا بِطَهَارَتِهِ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ .

الشرح الكبير وَجَهَيْنِ (بِنَاءٌ عَلَى طَهَارَتِهِ بِالدَّبَاغِ ، « وفيه روايتان ») ، فَمَنْ قَالَ بِطَهَارَتِهِ ، أَوْجَبَ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ إِصْلَاحَهُ ، فَهُوَ كَالثُّوبِ النَّجِسِ . وَمَنْ قَالَ : لَا يَطْهَرُ . لَمْ يُوجِبْ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى إِصْلَاحِهِ . وَإِنْ أَتَلَفَهُ أَوْ أَتَلَفَ مِيتَةً بِجِلْدِهَا ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ .

٢٢٩٠ - مسألة : (وَإِنْ دَبَّعَهُ ، وَقُلْنَا بِطَهَارَتِهِ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ)

الإيضاح و « الهادي » ، و « الرعاية الصغرى » [١٨٦/٢] ، و « الحاوي » ، و « الفائق » ، وغيرهم ، وهما مبنيان على طهارته بالدبغ وعدمها ؛ فَإِنْ قُلْنَا : يَطْهَرُ بِالدَّبْغِ . وَجَبَ رَدُّهُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَطْهَرُ بِالدَّبْغِ . لَمْ يَجِبْ رَدُّهُ . وَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّ الْمَذْهَبَ ، لَا يَطْهَرُ بِدَبْغِهِ ، فَلَا يَجِبُ رَدُّهُ هُنَا . هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، و « ابْنِ مُنَجَّى » ، وغيرهم . وَقَدْ تَمَّ هَذِهِ الطَّرِيقَةُ فِي « الْكَافِي » ، و « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » ، وغيرهما . وَقِيلَ : لَا يَجِبُ رَدُّهُ ^(١) ، وَلَوْ قُلْنَا : يَطْهَرُ بِالدَّبْغِ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَفِي رَدِّ جِلْدِ مِيتَةٍ وَجْهَانِ ، وَقِيلَ : وَلَوْ طَهَّرَ . فظَاهِرُهُ ، أَنَّ الْمُقَدَّمَ عِنْدَهُ ، أَنَّ الْخِلَافَ عَلَى الْقَوْلِ بَعْدَ الطَّهَارَةِ .

قوله : فَإِنْ دَبَّعَهُ ، وَقُلْنَا بِطَهَارَتِهِ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدْ تَمَّ فِي « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، و « الْفُرُوعِ » ،

(١ - ١) سقط من : تش ، م .

(٢) في الأصل ، ط : « ردها » .

وَإِنْ اسْتَوَلَى عَلَى حُرٍّ ، لَمْ يَضْمَنْهُ بِذَلِكَ ، المقنع

الشرح الكبير

كَالْخَمْرِ إِذَا تَخَلَّتْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَالًا بِفِعْلِهِ ،
بِخِلَافِ الْخَمْرِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَطْهَرُ . لَمْ يَجِبَ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُبَاحُ الْإِنْتِفَاعُ
بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ رَدُّهُ إِذَا قُلْنَا : يُبَاحُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ فِي الْيَابِسَاتِ . لِأَنَّهُ
نَجِسٌ يُبَاحُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ ، أَشْبَهَ الْكَلْبَ ، وَكَذَلِكَ قَبْلَ الدَّبْعِ .

٢٢٩١ - مسألة : (وَإِنْ اسْتَوَلَى عَلَى حُرٍّ ، لَمْ يَضْمَنْهُ بِذَلِكَ) لَا

و « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَجَزَمَ بِهِ ابْنُ مُنَجَّى ، وَ « الرُّعَايَةِ الصَّغْرَى » ،
و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُهُ رَدُّهُ ؛ لِصَيُورَتِهِ مَالًا بِفِعْلِهِ ،
بِخِلَافِ الْخَمْرِ الْمُتَخَلِّلَةِ . وَهُوَ أَحْتِمَالٌ لِلْمُصَنِّفِ ، وَالشَّارِحِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ :
وَفِي هَذَا الْفَرْقِ بَحْثٌ . وَأُطْلِقَ فِي « الْفُرُوعِ » ، فِي لُزُومِ رَدِّهِ ، إِذَا دَبَّعَهُ الْغَاصِبُ
وَجَهَنَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَإِنْ كَانَ الْغَاصِبُ دَبَّعَهُ ، فَقَبِي رَدُّهُ الْوَجْهَانِ الْمَبْنِيَّانِ . وَإِنْ
قُلْنَا : لَا يَطْهَرُ . لَمْ يَجِبَ رَدُّهُ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ،
و « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : يَجِبُ رَدُّهُ ،
إِذَا قُلْنَا : يُبَاحُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ فِي الْيَابِسَاتِ . وَكَذَلِكَ قَبْلَ الدَّبْعِ . وَجَزَمَ بِهِ الْحَارِثِيُّ فِي
« شَرْحِهِ » . وَظَاهَرُ « الْفُرُوعِ » إِطْلَاقُ الْخِلَافِ ، كَمَا تَقَدَّمَ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ
الْكُبْرَى » : وَإِنْ غَضِبَ جِلْدٌ مَيْتَةً ، فَأَوْجُهُ ؛ الرَّدُّ ، وَعَدْمُهُ ، وَالثَّلَاثُ ، إِنْ قُلْنَا :
يَطْهَرُ بِدَبْعِهِ ، أَوْ يَنْتَفِعُ بِهِ فِي يَابِسٍ . رَدُّهُ ، وَإِلَّا فَلَا ، وَإِنْ أَتْلَفَهُ ، فَهَدْرٌ ، وَإِنْ دَبَّعَهُ ،
وَقُلْنَا : يَطْهَرُ . رَدُّهُ . انْتَهَى .

قوله : وَإِنْ اسْتَوَلَى عَلَى حُرٍّ ، لَمْ يَضْمَنْهُ بِذَلِكَ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ
الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ،
و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وَلَا يُضْمَنُ حُرٌّ بَعْضُهُ فِي الْأَصَحِّ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا

المقنع
إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَغِيرًا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَضْمَنُهُ . فَهَلْ
يَضْمَنُ ثِيَابَهُ وَحَلِيَهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير
يُثْبِتُ الْعَصْبُ فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ ، كَالْحُرِّ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِالْعَصْبِ ، إِنَّمَا
يَضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ ، فَإِنْ حَبَسَ حُرًّا فَمَاتَ عِنْدَهُ ، لَمْ يَضْمَنَّهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ
بِمَالٍ .

٢٢٩٢ - مسألة^(١) : (إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَغِيرًا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ)
أَحَدُهُمَا ، لَا يَضْمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ ، أَشْبَهَ الْكَبِيرَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .
وَالثَّانِي ، يَضْمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْاِسْتِيْلَاءَ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ مُمَانَعَةٍ مِنْهُ ، أَشْبَهَ
الْعَبْدَ الصَّغِيرَ (فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَضْمَنُهُ . فَهَلْ يَضْمَنُ ثِيَابَهُ وَحَلِيَهُ ؟ عَلَى
وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا ، لَا يَضْمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَعَ لَهُ ، وَهُوَ تَحْتَ يَدِهِ ، أَشْبَهَ ثِيَابَ
الْكَبِيرِ . وَالثَّانِي ، يَضْمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْلَى عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ مُتَقَرِّدًا .

الإنصاف
المذهب ، وعليه جمهور الأصحاب ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَا يَثْبُتُ حُكْمُهَا عَلَى الْحُرِّ . وَفِي
« التَّلْخِصِ » وَجْهٌ بَيُّوتِ الْيَدِ عَلَيْهِ . وَبَنَى عَلَى هَذَا ، هَلْ لِمُسْتَأْجِرِ الْحُرِّ إِيجَارُهُ
مِنْ آخَرَ ؟ إِنْ قِيلَ بَعْدَ ثَبُوتِ الثَّبُوتِ ، اِمْتَنَعَ الْإِيجَارُ ، وَإِنَّمَا هُوَ يُسْلِمُ نَفْسَهُ ، وَإِلَّا فَلَا
يَمْتَنِعُ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، لَوْ غَضِبَ دَابَّةٌ عَلَيْهَا مَالُكُهَا وَمَتَاعُهُ ، لَمْ يَضْمَنْ ذَلِكَ
الْغَاصِبُ . قَالَ الْقَاضِي فِي « الْخِلَافِ الْكَبِيرِ » . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ
وَالْتَّسَعِينَ » .

قوله : إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَغِيرًا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ،

(١) سقط من : تش ، م .

وإن استعمل الحرَّ كَرَهَا ، فعليه أُجْرَتُهُ ، المقنع

٢٢٩٣ - مسألة : (وإن استعمل الحرَّ كَرَهَا ، فعليه أُجْرَتُهُ) لأنه استوفى منافعَه ، وهى مُتَقَوِّمَةٌ ، فلزَمَه ضَمَانُهَا ، كمنافع العبد .

و «الرَّعَايَةُ الْكُبْرَى» ، و «القَوَاعِدُ الْفِقْهِيَّةُ» ، و «الشَّرْحُ» ، و «الفائِقُ» ،
و «الحارِثِيُّ» ؛ أحدهما ، لا يَضُمُّنُهُ . وهو المذهب . صحَّحه فى «التَّصْحِيحِ» .
وجزَمَ به فى «الْوَجِيزِ» ، و «شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ» ، وغيرهما . وقَدَّمَهُ فى
«الفُرُوعِ» وغيره . وهو ظاهرُ ما قَطَعَ به فى «الهِدَايَةِ» ، و «المُذْهَبِ» ،
و «الْخُلَاصَةِ» ، وغيرهم . والوَجْهُ الثَّانِى ، يَضُمُّنُهُ . قَدَّمَهُ فى «الرَّعَايَةِ
الصَّغْرَى» ، و «الْحَاوِى الصَّغِيرِ» ، وقَدَّمَ فى «النَّظْمِ» ، أَنَّ الصَّغِيرَ لَوْلِدُ غٍ أَوْ
صُبْحٍ ، وَجُوبَ الدِّيَةِ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : لا تَجِبُ ، كما لو مَرَضَ ، على الصَّحِيحِ .
ويأتى هذا فى أوائلِ كِتَابِ الدِّيَاتِ ، فى كلامِ المَصْنُفِ . فعلى المذهبِ ، هل
يَضُمَّنُ ثِيَابَهُ وَحِلْيَتَهُ ؟ على الوَجْهَيْنِ . وأُطْلَقَهُمَا فى «الشَّرْحِ» ، و «النَّظْمِ» ،
و «الفُرُوعِ» ، و «شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى» ، و «الْحَاوِى الصَّغِيرِ» ، و «الرَّعَايَتَيْنِ» ؛
أحدهما ، يَضُمُّنُهَا . صحَّحه فى «التَّصْحِيحِ» ، و «الفائِقِ» . قال الحارِثِيُّ :
وهو أصحُّ . والوَجْهُ الثَّانِى ، لا يَضُمُّنُهَا . جزَمَ به فى «المُعْنَى» ، و «الْوَجِيزِ» .

فائدة : وكذا الحُكْمُ والخِلَافُ فى أُجْرَتِهِ مُدَّةَ حَبْسِهِ ، على ما يأتى ، وإيجار
المُسْتَأْجِرِ له . قاله فى «الفُرُوعِ» . ('وَجَزَمَ فى «الْوَجِيزِ» هنا بِوُجُوبِ الْأُجْرَةِ') .
قوله : وإن استعمل الحرَّ كَرَهَا ، فعليه أُجْرَتُهُ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ،
وقطعوا به . ولو منَعَهُ العَمَلُ مِنْ غَيْرِ حَبْسٍ ، ولو عَبْدًا ، لم يَلْزَمْهُ أُجْرَتُهُ . جزَمَ به

المقنع وَإِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً ، فَهَلْ تَلَزَمُهُ أُجْرَتُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٢٩٤ - (مسألة :) وَإِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً ، فَهَلْ تَلَزَمُهُ أُجْرَتُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ)^(١) إِذَا حَبَسَهُ مُدَّةً لِمِثْلِهَا أُجْرَةٌ ، فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلَزَمُهُ أُجْرُ تِلْكَ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتْ مَنْفَعَتَهُ ، وَهِيَ مَالٌ يَجُوزُ اخْتِذُ الْعَوَضِ عَنْهَا ،

الإنصاف

فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ ، بَلَى فِيهِمَا . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ ، وَهُوَ فِي الْعَبْدِ آكَدُ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : فِي مَنْفَعَةِ حُرٍّ وَجْهَانِ . وَقَالَ فِي « الْإِنْتِصَارِ » : لَا يَلَزَمُهُ بِإِمْسَاكِهِ ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ فِي يَدِ نَفْسِهِ ، وَمَنْفَعُهُ تَلَفَتْ مَعَهُ ، كَمَا لَا يَضْمَنُ نَفْسَهُ وَثَوْبَهُ الَّذِي عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ . وَكَذَا قَالَ فِي « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » : لَا يَضْمَنُهُ إِذَا أَمْسَكَهُ ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ فِي يَدِ نَفْسِهِ ، وَمَنْفَعُهُ تَلَفَتْ مَعَهُ ، كَمَا لَا يَضْمَنُ نَفْسَهُ وَثَوْبَهُ الَّذِي عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ ؛ فَإِنَّ يَدَ الْغَاصِبِ ثَابِتَةٌ عَلَيْهِ ، وَمَنْفَعَتُهُ بِمَنْزِلَتِهِ .

قوله : وَإِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً ، فَهَلْ تَلَزَمُهُ أُجْرَتُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَهُمَا اخْتِمَالَانِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَأُطْلِقَهُمَا فِيهَا ، وَفِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، [١٨٦/٢] وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْهَادِي » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، تَلَزَمُهُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ ، صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا تَلَزَمُهُ . صَحَّحَهُ النَّاطِمُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْأَصَحُّ ، وَعَلَيْهِ دَلُّ نَصِّهِ . وَتَقَدَّمَ فِي التِّي قَبْلَهَا مَا يُسْتَأْنَسُ بِهِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ .

(١ - ١) سقط من : تش ، م .

فَصْلٌ : وَيَلْزَمُهُ رَدُّ الْمَغْضُوبِ إِنْ قَدَرَ عَلَى رَدِّهِ ، وَإِنْ غَرِمَ عَلَيْهِ الْمُنْتَعِ
أَضْعَافَ قِيَمَتِهِ .

الشرح الكبير

فَضُمْنَتْ بِالْعُصْبِ ، كَمَنَافِعِ الْعَبْدِ . وَالثَّانِي ، لَا يَلْزَمُهُ أَجْرُ تِلْكَ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِمَا لَا يَصِحُّ غَضَبُهُ ، فَاشْتَبَهَتْ ثِيَابَهُ إِذَا بَلَّيَتْ عَلَيْهِ ، وَأَطْرَافَهُ ، وَلِأَنَّهَا تَلَفَتْ تَحْتَ يَدَيْهِ ، فَلَمْ يَجِبْ ضَمَانُهَا ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَلَوْ مَنَعَهُ الْعَمَلُ مِنْ غَيْرِ حَبْسٍ لَمْ يَضْمَنْ مَنَافِعَهُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ بِالْعَبْدِ لَمْ يَضْمَنْ مَنَافِعَهُ ، فَالْحُرُّ أَوْلَى . وَلَوْ حَبَسَ الْحُرُّ وَعَلَيْهِ ثِيَابٌ ، لَمْ يَلْزَمُهُ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِمَا لَمْ تَثْبُتِ الْيَدُ عَلَيْهِ فِي الْعُصْبِ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : وقال الشيخ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَيَلْزَمُهُ [٢٦٥/٤] رَدُّ الْمَغْضُوبِ إِنْ قَدَرَ عَلَى رَدِّهِ ، وَإِنْ غَرِمَ عَلَيْهِ أَضْعَافَ قِيَمَتِهِ) « وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمَغْضُوبَ مَتَى كَانَ بَاقِيًا وَجِبَ رَدُّهُ » ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تَرُدَّهُ »^(١) . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَهَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٢) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ السَّائِبِ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ صَاحِبِهِ لَا عِبًّا جَادًّا »^(٣) ، وَمَنْ أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيُرُدَّهَا » . رَوَاهُ أَبُو

الإنصاف

(١-١) في تش ، م : « إِذَا كَانَ بَاقِيًا » .

(٢) في مصادر التخریج : « تَوَدُّهُ » .

(٣) تقدم تخريجه في ٩٠/١٤ .

(٤) في الأصل وسنن أبي داود : « وَلَا جَادًا » .

داود^(١) . يَعْنِي أَنَّهُ يَقْصِدُ الْمَزْحَ مَعَ صَاحِبِهِ بِأَخْذِ مَتَاعِهِ ، وَهُوَ جَادٌّ فِي إِدْخَالِ الْعَمِّ وَالْعَيْظِ عَلَيْهِ . وَلِأَنَّهُ أَزَالَ يَدَ الْمَالِكِ عَنْ مِلْكِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَلَزِمَتْهُ إِعَادَتُهَا . وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى وَجُوبِ رَدِّ الْمَغْصُوبِ إِذَا كَانَ بِحَالِهِ لَمْ يَتَغَيَّرْ ، وَلَمْ يَشْتَغَلْ بِغَيْرِهِ .

فصل : فَإِنْ غَضِبَ شَيْئًا فَبَعْدَهُ ، لَزِمَ رَدُّهُ وَإِنْ غَرِمَ عَلَيْهِ أَضْعَافَ قِيمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ جَنَى بَتَّبِعِيده ، فَكَانَ ضَرَرُ ذَلِكَ عَلَيْهِ . فَإِنْ قَالَ الْغَاصِبُ : خُذْ مِنِّي أَجْرَ رَدِّهِ وَتَسَلَّمْهُ مِنِّي هَهُنَا . أَوْ بَدَلَ لَهُ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ وَلَا يَسْتَرِدُّهُ ، لَمْ يَلْزِمِ الْمَالِكُ قَبُولُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ قَالَ الْمَالِكُ : دَعُهُ لِي فِي مَكَانِهِ الَّذِي نَقَلْتَهُ إِلَيْهِ . لَمْ يَمْلِكِ الْغَاصِبُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ عَنْهُ حَقًّا ، فَسَقَطَ وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهُ ، كَالْوَأْبِ مِنْ دَيْنِهِ . وَإِنْ قَالَ : رُدَّهُ لِي إِلَى بَعْضِ الطَّرِيقِ . لَزِمَ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ جَمِيعُ الْمَسَافَةِ ، فَلَزِمَ بَعْضُهَا الْمَطْلُوبُ ، وَسَقَطَ عَنْهُ مَا أَسْقَطَهُ ، كَالْوَأْبِ أَسْقَطَ عَنْهُ بَعْضَ دَيْنِهِ . وَإِنْ طَلَبَ مِنْهُ حَمَلَهُ إِلَى مَكَانٍ آخَرَ فِي غَيْرِ طَرِيقِ الرَّدِّ ، لَمْ يَلْزِمِ الْغَاصِبُ ذَلِكَ ، سِوَاءَ كَانَ أَقْرَبَ مِنَ الْمَكَانِ الَّذِي يَلْزَمُهُ رَدُّهُ إِلَيْهِ أَوْ لَا ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ . وَإِنْ قَالَ : دَعُهُ فِي مَكَانِهِ وَأَعْطِنِي أَجْرَ رَدِّهِ . لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ ، وَمَهْمَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ مِنْ ذَلِكَ جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لُهُمَا ، لَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا .

(١) في : باب من يأخذ الشيء على المزاح ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٩٧/٢ .
كما أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروى مسلما ، من أبواب الفتن . عارضة الأحوذی
٥/٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٢١/٤ .

وَأَنْ خَلَطَهُ بِمَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، [١٣٧ ط] لَزِمَهُ تَخْلِيصُهُ وَرَدُّهُ . وَإِنْ بَنَى الْمُقْنَعُ عَلَيْهِ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ بَلَى .

٢٢٩٥ - مسألة : (وَإِنْ خَلَطَهُ بِمَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، لَزِمَهُ تَخْلِيصُهُ وَرَدُّهُ)
 مثل أَنْ يَخْلُطَ حِنْطَةً بِشَعِيرٍ أَوْ بِسَمْسِمٍ ، أَوْ صِغَارَ الْحَبِّ بِكِبَارِهِ ، أَوْ
 زَبِيئًا أَسْوَدًا بِأَحْمَرَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَأَجْرُ الْمُتَمَيِّزِ عَلَيْهِ ، كَأَجْرِ رَدِّهِ إِذَا بَعْدَهُ .
 وَإِنْ أُمِكنَ تَمَيِّزُ بَعْضِهِ وَجَبَ تَمَيِّزُ مَا أُمِكنَ مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يُمِكنَ تَمَيِّزُ شَيْءٍ
 مِنْهُ ، فَسَنَذْكُرُهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

٢٢٩٦ - مسألة : (وَإِنْ بَنَى عَلَيْهِ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ
 بَلَى) إِذَا غَضِبَ شَيْئًا فَشَغَلَهُ بِمِلْكِهِ ؛ كَحَجَرٍ بَنَى عَلَيْهِ ، أَوْ خَيْطٍ خَاطَ
 بِهِ ثَوْبَهُ ، أَوْ نَحْوَهُ ، فَإِنْ بَلَى الْخَيْطُ أَوْ انْكَسَرَ الْحَجَرُ ، أَوْ كَانَ مَكَانَهُ خَشَبَةً
 فَتَلَفَتْ ، لَمْ يَجِبْ رَدُّهُ ، وَوَجِبَتْ قِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ هَالِكًا ، فَوَجِبَتْ
 قِيمَتُهُ ، كَالْوَتْلَفِ . وَإِنْ كَانَ بَاقِيًا بِحَالِهِ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ وَإِنْ انْتَقَضَ الْبِنَاءُ وَتَفَصَّلَ
 الثَّوْبُ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجِبُ رَدُّ^(١)
 الْخَشَبَةِ وَالْحَجَرِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ تَابِعًا لِمِلْكِهِ يَسْتَضِيرُّ بِقَلْعِهِ ، فَلَمْ يَجِبْ رَدُّهُ ،
 كَالْوَتْلَفِ فَخَاطَبَهُ بِهِ جُرْحُ عَبْدِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَغْضُوبٌ أُمِكنَ رَدُّهُ ،

قوله : وَإِنْ خَلَطَهُ بِمَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، لَزِمَهُ تَخْلِيصُهُ . إِنْ أُمِكنَ . وَكَذَا إِنْ أُمِكنَ
 تَخْلِيصُ بَعْضِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُمِكنَ تَخْلِيصُهُ مِنْهُ ، فَسَيَأْتِي فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ الرَّابِعِ مِنَ
 الْبَابِ .

(١) فِي تَش ، م : وَاَدَاءُ .

المقنع وَإِنْ سَمَرَ بِالْمَسَامِيرِ بَابًا ، لَزِمَهُ قَلْعُهَا وَرَدُّهَا .

الشرح الكبير وَيَجُوزُ لَهُ ، فَوَجَبَ ^(١) ، كَمَا لَوْ بَعَدَ الْعَيْنَ ، وَلَا يُشْبِهُ الْخَيْطَ الَّذِي يُخَافُ عَلَى الْعَبْدِ مِنْ قَلْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ رَدُّهُ ، لَمَا فِي ضِمْنِهِ مِنْ تَلْفِ الْآدَمِيِّ ، وَلِأَنَّ حَاجَتَهُ إِلَى ذَلِكَ تُبَيِّحُ أَخْذَهُ ابْتِدَاءً ، بِخِلَافِ الْبِنَاءِ .

٢٢٩٧ - مسألة : (وَإِنْ سَمَرَ بِالْمَسَامِيرِ بَابًا ، لَزِمَهُ قَلْعُهَا وَرَدُّهَا)
لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْحَدِيثِ .

فصل : وَإِنْ غَضَبَ فَصِيلًا فَأَدْخَلَهُ دَارَهُ ، فَكَبَّرَ وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الْبَابِ ، أَوْ خَشَبَةً وَأَدْخَلَهَا دَارَهُ ، ثُمَّ بَنَى الْبَابَ ضَيْقًا لَا يَخْرُجُ [٢٦٥/٤ ظ] مِنْهُ إِلَّا بِنَقْضِهِ ، وَجَبَ نَقْضُهُ وَرَدُّ الْفَصِيلِ وَالْخَشَبَةِ ، كَمَا يُنْقَضُ الْبِنَاءُ لِرَدِّ السَّاجَةِ ^(٢) . فَإِنْ كَانَ حُصُولُهُ فِي الدَّارِ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ مِنْ صَاحِبِ الدَّارِ ، نَقَضَ الْبَابُ ، وَضَمَانُهُ عَلَى صَاحِبِ الْفَصِيلِ ؛ لِأَنَّهُ لِيَتَخَلَّصَ مَالُهُ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ مِنْ صَاحِبِ الدَّارِ . وَأَمَّا الْخَشَبَةُ ، فَإِنْ كَانَ كَسْرُهَا أَكْثَرَ ضَرَرًا مِنْ نَقْضِ الْبَابِ ، فَهِيَ كَالْفَصِيلِ ، وَإِنْ كَانَ أَقْلٌ ، كُسِرَتْ . وَيَحْتَمِلُ فِي الْفَصِيلِ مِثْلُ هَذَا ، مَتَى كَانَ ذَبْحُهُ أَقْلَ ضَرَرًا ، ذُبِحَ وَأُخْرِجَ لِحِمًا ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْخَشَبَةِ ، وَإِنْ كَانَ حُصُولُهُ فِي الدَّارِ بَعْدَ وَانٍ مِنْ صَاحِبِهِ ، كَرَجْلٍ غَضَبَ دَارًا وَأَدْخَلَهَا فَصِيلًا أَوْ خَشَبَةً ، أَوْ تَعَدَّى عَلَى إِنْسَانٍ فَأَدْخَلَ دَارَهُ فَرَسًا وَنَحْوَهَا ، كُسِرَتْ الْخَشَبَةُ وَذُبِحَ الْحَيَوَانُ وَإِنْ زَادَ ضَرَرُهُ عَلَى

الإنصاف

(١) فِي تَش ، م : « فَيَجُوز » .

(٢) السَّاج : نَوْعٌ مِنَ الْخَشَبِ .

نَقَضَ الْبِنَاءَ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ هَذَا الضَّرَرِ عُذْوَانُهُ ، فَيَكُونُ عَلَيْهِ . وَلَوْ بَاعَ دَارًا فِيهَا خَوَابٍ^(١) لَا تَخْرُجُ إِلَّا بِنَقْضِ الْبَابِ ، أَوْ خَزَائِنُ ، أَوْ حَيَوَانٌ ، وَكَانَ نَقْضُ الْبَابِ أَقْلَ ضَرَرًا مِنْ بَقَاءِ ذَلِكَ فِي الدَّارِ أَوْ تَفْصِيلِهِ أَوْ ذَبْحِ الْحَيَوَانِ ، نَقْضٌ ، وَكَانَ إِصْلَاحُهُ عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ لَتَخْلِيصٍ مَالِهِ . وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ ضَرَرًا ، لَمْ يُنْقَضْ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِيهِ ، وَيَصْطَلِحَانِ عَلَى ذَلِكَ ، إِمَّا بَأَنْ يَشْتَرِيهِ مُشْتَرِي الدَّارِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ جَوْهَرَةً فَابْتَلَعَتْهَا بِهَيْمَةٍ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : حُكْمُهَا حُكْمُ الْخَيْطِ الَّذِي خَاطَ بِهِ جُرْحَهَا . عَلَى مَا نَذَكُرُهُ . قَالَ شَيْخُنَا^(٢) : وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْجَوْهَرَةَ مَتَى كَانَتْ أَكْثَرَ قِيَمَةً مِنَ الْحَيَوَانِ ، ذُبِحَ وَرُدَّتْ إِلَى مَالِكِهَا ، وَضَمَانَ الْحَيَوَانِ عَلَى الْغَاصِبِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَيَوَانُ آدَمِيًّا . وَيُفَارِقُ الْخَيْطَ ، فَإِنَّهُ فِي الْغَالِبِ أَقْلُ قِيَمَةٍ مِنَ الْحَيَوَانِ ، وَالْجَوْهَرَةُ أَكْثَرُ قِيَمَةٍ ، فَفِي ذَبْحِ الْحَيَوَانِ رِعَايَةٌ حَقِّ الْمَالِكِ بِرَدِّ عَيْنِ مَالِهِ إِلَيْهِ ، وَرِعَايَةٌ حَقِّ الْغَاصِبِ بِتَقْلِيلِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ . وَإِنْ ابْتَلَعَتْ شَاةٌ رَجُلٍ جَوْهَرَةً آخَرَ غَيْرَ مَغْصُوبَةٍ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ إِخْرَاجَهَا إِلَّا بِذَبْحِ الشَّاةِ ، ذُبِحَتْ إِذَا كَانَ ضَرَرُ ذَبْحِهَا أَقْلَ ، وَضَمَانُ نَقْصِهَا عَلَى صَاحِبِ الْجَوْهَرَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَتَخْلِيصٍ مَالِهِ ، فَإِنْ كَانَ التَّفْرِيطُ مِنْ صَاحِبِ الشَّاةِ ، بِكَوْنِ يَدِهِ عَلَيْهَا ، فَلَا شَيْءَ عَلَى صَاحِبِ الْجَوْهَرَةِ ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيطَ مِنْ غَيْرِهِ ، فَكَانَ الضَّرَرُ عَلَى الْمُفْرِطِ .

(١) الحَايَةِ : وَعَاءُ الْمَاءِ الَّذِي يُحْفَظُ فِيهِ .

(٢) فِي : الْمَغْنَى ٤٠٩/٧ .

فصل : وإن أَدْخَلَتْ رَأْسَهَا فِي قُمْقُمْ ، ولم يُمَكِّنْ إخراجَهُ إِلَّا بِذَبْحِهَا
 أَوْ كَسَرِ الْقُمْقُمْ ، وكان ضَرَرُ ذَبْحِهَا أَقْلَ ، ذُبِحَتْ ، وإن كان ضَرَرُ^(١)
 كَسَرِ الْقُمْقُمْ أَقْلَ ، كُسِرَ ، فإن كان التَّفْرِيطُ مِنْ صَاحِبِ الشَّاةِ ،
 فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وإن كان مِنْ صَاحِبِ الْقُمْقُمْ ، بَأْنِ وَضَعِهِ فِي الطَّرِيقِ ،
 فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وإن لم يَكُنْ مِنْهُمَا تَفْرِيطُ ، فَالضَّمَانُ عَلَى صَاحِبِ الشَّاةِ
 إن^(٢) كُسِرَ الْقُمْقُمْ ؛ لَأَنَّهُ كُسِرَ لِتَخْلِيصِ شَاتِهِ ، وإذا ذُبِحَتِ الشَّاةُ ،
 فَالضَّمَانُ عَلَى صَاحِبِ الْقُمْقُمْ ؛ لَأَنَّهُ لِتَخْلِيصِ مَالِهِ . فإن قال مَنْ عَلَيْهِ
 الضَّمَانُ مِنْهُمَا : أَنَا أَتْلِفُ مَالِي وَلَا أَغْرُمُ شَيْئًا لِالْآخِرِ . فله ذلك ؛ لِأَنَّ إِتْلَافَ
 مَالِ الْآخِرِ إِنَّمَا كَانَ لِحَقِّهِ وَسَلَامَةِ مَالِهِ وَتَخْلِيصِهِ ، فإذا رَضِيَ بِتَلْفِهِ ، لم
 يَجْزُ إِتْلَافُ غَيْرِهِ . وإن قال : لَا أَتْلِفُ مَالِي وَلَا أَغْرُمُ شَيْئًا . لم نَمَكِّنْهُ مِنْ
 إِتْلَافِ مَالِ صَاحِبِهِ ، لَكِنَّ صَاحِبَ الْقُمْقُمْ لَا يُجْبَرُ عَلَى شَيْءٍ ؛ لَأَنَّهُ لَا
 حُرْمَةَ لَهُ ، فَلَا يُجْبَرُ صَاحِبُهُ عَلَى تَخْلِيصِهِ ، وَأَمَّا صَاحِبُ الشَّاةِ ، فَلَا يَحِلُّ
 لَهُ تَرْكُهَا ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَعْذِيبِ الْحَيَوَانِ ، فيُقالُ لَهُ : إما أَنْ تَذْبَحَ الشَّاةَ
 لِتُرِيحَها مِنَ الْعَذَابِ ، وإِما أَنْ تَغْرِمَ الْقُمْقُمْ لِصَاحِبِهِ [٢٦٦/٤] إذا كان
 كَسَرُهُ أَقْلَ ضَرَرًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ ضَرُورَةِ إِنْقَائِهَا أَوْ تَخْلِيصِها مِنَ الْعَذَابِ ،
 فَلَزِمَهُ ، كَعَلْفِها . فإن كان الْحَيَوَانُ غَيْرَ مَأْكُولٍ ، احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ
 حُكْمَ الْمَأْكُولِ فيما ذَكَرْنَا . واحْتَمَلَ أَنْ يُكْسَرَ الْقُمْقُمْ . وهو قول

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل ، تش ، م : « وإن » .

أصحابنا ؛ لأنه لا نفع في ذبحه ، ولا هو مشروع ، وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير مأكلة^(١) . ويحتمل أن يكون كالمأكول في أنه متى كان قتله أقل ضرراً ، أو كانت الجناية من صاحبه ، قُتِلَ ؛ لأن حرمة معارضة بحرمة مال الأدمي الذي يتلف ، والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن إضاعة المال ، وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته إضاعة المال . والله أعلم .

فصل : وإن غصب ديناراً فوقَ في مخبرته ، أو أخذ دينار غيره ، فسها فوقَ في مخبرته ، كسرت وردَّ الدينار ، كما يُنقَضُ البناءُ لردِّ الخشبة ، وكذلك إن كان درهماً أو أقل . وإن وقع من غير فعله ، كسرت لردِّ الدينار إن أحبَّ صاحبه ، والضمان عليه ؛ لأنه^(٢) لتخليص ماله . وإن غصب ديناراً ، فوقَ في مخبرة آخر بفعل الغاصب أو بغير فعله ، كسرت لردِّه ، وعلى الغاصب ضمان المخبرة ؛ لأنه السبب في كسرها . وإن كان كسرها أكثر ضرراً من تبقية الواقع فيها ، ضمنه الغاصب ، ولم يكسر . وإن رمى إنسان ديناره في مخبرة غيره غدواناً ، فأبى صاحب المخبرة كسرها ، لم يُجبر عليه ؛ لأنَّ صاحبه تعدَّى برميِّه فيها ، فلم يُجبر صاحبها على إتلاف ماله لإزالة ضرر غدوانه عن نفسه ، وعلى الغاصب نقص المخبرة بوقوع الدينار فيها . ويحتمل أن يُجبر على كسرها لردِّ عين مال الغاصب ،

(١) تقدم تخريجه في ٦١/١٠ .

(٢) سقط من : تش ، م .

وإن زرع الأرض وردّها بعد أخذ الزرع ، فعليه أجرتها . المتنع

الشرح الكبير ويضمن الغاصب قيمتها ، كما لو غرس في أرض غيره ، ملك حفر الأرض بغير إذن المالك لأخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر . وعلى الوجهين ، لو كسرها الغاصب قهراً ، لم يلزمه أكثر من قيمتها .

٢٢٩٨ - مسألة : (وإن زرع الأرض وردّها بعد أخذ الزرع ، فعليه أجرتها) إذا غصب أرضاً فزرعها وردّها بعد حصاد الزرع ، فهو

الإنصاف قوله : وإن زرع الأرض ، وردّها بعد أخذ الزرع ، فعليه أجرتها . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . ونقل حرب ، حكمها حكم الزرع الذي لم يُخصد . قال في « الفائق » : قلت : وجنح ابن عقيل إلى مساواة الحكمين . واختاره صاحب « الفائق » ، في غير « الفائق » ، وردّ كلام الأصحاب . قال في « القاعدة التاسعة والسبعين » : وهّم أبو حفص ناقلاً ، على أن من الأصحاب من رجّحها ؛ بناءً على أن الزرع نبت على ملك مالك الأرض ابتداءً ، والمعروف في المذهب خلافه . انتهى . قال الحارثي : هذا المعروف عند الأصحاب . قال : وعنه ، يحدث على ملك رب الأرض . ذكره القاضي يعقوب ، ومنع في « تعليقه » من كونه ملكاً للغاصب ، وقال : لا فرق بين ما قبل الحصاد وبعده ؛ على ما نقله حرب . قال الحارثي : وكذا أوردّه القاضي في « تعليقه الكبير » ، فيما أظن ، أو أجزم ، وأوردّه شيخنا أبو بكر^(١) ابن الصيرفي في كتاب « نوادير المذهب » . انتهى . قال في « الفائق » : وقال القاضي يعقوب : لا فرق بين ما قبل الحصاد وبعده ، في إحدى الروايتين . وبناءً على أن زرع الغاصب ، هل يحدث

(١) في حاشية ط : « صوابها أبو زكريا ، رأيته على النسخ ، ذكر فيها أنه رآها في نسخة صحيحة عليها » .

وَأِنْ أَدْرَكَهَا رَبُّهَا وَالزَّرْعُ قَائِمٌ ، خَيْرٌ بَيْنَ تَرْكِهِ إِلَى الْحَصَادِ ^{المقنع}

للغاصِبِ . لا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مَالِهِ ، وَعَلَيْهِ [٢٦٦/٤ ظ] أَجْرُ ^{الشرح الكبير} الْمِثْلِ إِلَى وَقْتِ التَّسْلِيمِ ، وَضَمَانُ النَّقْصِ . وَلَوْ لَمْ يَزْرَعْهَا ، فَتَقَصَّتْ لَتَرْكِ الزَّرَاعَةِ ، كَأَرَاضِي الْبَصْرَةِ ، أَوْ نَقَصَتْ لِعَیْرِ ذَلِكَ ، ضَمِنَ نَقْصَهَا ؛ لِمَا نَذَرَهُ فِيمَا إِذَا غَرَسَهَا أَوْ بَنَى فِيهَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

٢٢٩٩ - مسألة : (وَإِنْ أَدْرَكَهَا رَبُّهَا وَالزَّرْعُ قَائِمٌ ، خَيْرٌ بَيْنَ تَرْكِهِ

عَلَى مِلْكِ صَاحِبِ الْبَذْرِ ، أَوْ صَاحِبِ الْأَرْضِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، وَالْحُدُوثُ عَلَى ^{الإنصاف} مِلْكِ صَاحِبِ الْأَرْضِ هُوَ الْمُخْتَارُ . انْتَهَى . وَقَالَ أَيْضًا : وَهَلِ الْقِيَاسُ كَوْنُ الزَّرْعِ لِرَبِّ الْبَذْرِ ، أَوْ الْأَرْضِ ؟ الْمَنْصُوصُ ، الْأَوَّلُ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : الثَّانِي . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَيْضًا : يَنْبَنِي هَذَا عَلَى الْمَدْفُوعِ ، إِنْ كَانَ التَّفَقُّةُ ، فَلِرَبِّ الْأَرْضِ مُطْلَقًا ، وَالْمَنْصُوصُ ، التَّفَرُّقَةُ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، عَلَى الْغَاصِبِ أَجْرَةُ الْمِثْلِ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، لِلْغَاصِبِ نَفَقَةُ الزَّرْعِ ، وَأَمَّا مُؤْنَةُ الْحَصَادِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ كَذَلِكَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَجِبَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْأَقْوَى .

تَنْبِيهِ : قَوْلُهُ : وَرَدَّهَا بَعْدَ اخْتِزِ الزَّرْعِ . هَذَا الْمَذْهَبُ . أَغْنَى ، أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ قَدْ حَصَدَهُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ » : وَقِيلَ : أَوْ اسْتَحْصَدَ قَبْلَهُ وَلَمْ يَحْصُدْ .

قَوْلُهُ : وَإِنْ أَدْرَكَهَا رَبُّهَا ، وَالزَّرْعُ قَائِمٌ ، خَيْرٌ بَيْنَ تَرْكِهِ إِلَى الْحَصَادِ بِأَجْرَتِهِ ، وَبَيْنَ اخْتِزِهِ بِعَوَضِهِ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصَّ عَلَيْهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : تَوَاتَرَ النَّصُّ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الزَّرْعَ لِلْمَالِكِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي

المقنع بأجرته ، وَبَيَّنَ أَخْذَهُ بِعَوَضِهِ . وَهَلْ ذَلِكَ قِيمَتُهُ أَوْ نَفَقَتُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير إلى الحَصَادِ بِأَجْرَةٍ مِثْلِهِ ، وَبَيَّنَ أَخْذَهُ بِعَوَضِهِ . وَهَلْ ذَلِكَ قِيمَتُهُ أَوْ نَفَقَتُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ (قَوْلُهُ : أَذْرَكُهَا وَالزَّرْعُ قَائِمٌ . يَعْنِي اسْتَرْجَعَهَا مِنَ الْغَاصِبِ وَقَدَّرَ عَلَى أَخْذِهَا مِنْهُ . مَتَى أَذْرَكُهَا رَبُّهَا وَالزَّرْعُ قَائِمٌ ، لَمْ يَمْلِكْ إِجْبَارَ الْغَاصِبِ عَلَى قَلْعِ الزَّرْعِ . وَخَيْرُ الْمَالِكِ بَيْنَ أَنْ يُقَرَّرَ الزَّرْعُ فِي الْأَرْضِ إِلَى الْحَصَادِ وَيَأْخُذَ مِنَ الْغَاصِبِ أَجْرَةَ الْأَرْضِ وَأَرْضَ نَقْصِهَا ، وَبَيْنَ أَنْ يَذْفَعَ إِلَيْهِ نَفَقَتَهُ وَيَكُونَ لَهُ الزَّرْعُ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي عُبَيْدٍ . وَقَالَ أَكْثَرُ الْفُقَهَاءِ : يَمْلِكُ إِجْبَارَ الْغَاصِبِ عَلَى قَلْعِهِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » ^(١) . وَ ^(٢) لَأَنَّهُ زَرَعَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ظُلْمًا ، أَشْبَهَ الْعُرْسَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ زَرَعَ

الإِنصاف « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ، وَعَامَّةُ أَصْحَابِهِ ، وَالشَّيْخَيْنِ . أَنْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ، وَجُمْهُورِ أَصْحَابِهِ ، وَمَنْ تَلَاهَمَ ، وَالْمُصَنِّفُ ، فِي سَائِرِ كُتُبِهِ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ ، قَالَ نَازِلُهُ :

بِالْإِخْتِرَامِ أَحْكُمُ لَزَرْعِ الْغَاصِبِ	وَلَيْسَ كَالْبَانِي أَوْ كَالنَّاصِبِ
إِنْ شَاءَ رَبُّ الْأَرْضِ تَرَكَ الزَّرْعُ	بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ فَوَجْهٌ مَرْعَى
أَوْ مِلْكُهُ إِنْ شَاءَ بِالْإِنْفَاقِ	أَوْ قِيمَةُ لِلزَّرْعِ بِالْوِفَاقِ

(١) تقدم ترجمته في ٢٩٩/١٣ .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

فِي أَرْضِ قَوْمٍ بغيرِ إِذْنِهِمْ ، فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ .
 رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيُّ^(١) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ^(٢) . فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ
 الْغَاصِبَ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْقَلْعِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ ، وَلِأَنَّهُ أُمِّكَنَ رَدُّ
 الْمَعْصُوبِ إِلَى مَالِكِهِ مِنْ غَيْرِ إِتْلَافٍ مَالِ الْغَاصِبِ عَلَى قُرْبٍ مِنَ الزَّمَانِ ،
 فَلَمْ يَجْزِ إِتْلَافُهُ ، كَمَا لَوْ غَضِبَ سَفِينَةٌ فَحَمَلَ فِيهَا مَالَهُ وَأَدْخَلَهَا الْبَحْرَ ، أَوْ
 غَضِبَ لَوْحًا فَرَقَعَ بِهِ سَفِينَةً ، فَإِنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى رَدِّ الْمَعْصُوبِ فِي اللَّحِقَةِ ،
 وَيُنْتَظَرُ حَتَّى تُرْسَى ؛ صِيَانَةً لِلْمَالِ عَنِ التَّلْفِ ، كَذَا هَذَا . وَفَارَقَ الشَّجَرَ ؛
 لِأَنَّ مُدَّتَهُ تَتَطَاوَلُ ، وَلَا يُعْلَمُ مَتَى يَنْقَلِعُ مِنَ الْأَرْضِ ، فَانْتَظَرَهُ يُوَدِّي إِلَى
 تَرْكِ رَدِّ الْأَصْلِ بِالْكُلِّيَّةِ . وَحَدِيثُهُمْ وَرَدَّ فِي الْعَرْسِ ، وَحَدِيثُنَا فِي الزَّرْعِ ،
 فَيُجْمَعُ بَيْنَ الْحَدِيثَيْنِ ، وَيُعْمَلُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي مَوْضِعِهِ ، وَهُوَ أَوْلَى
 مِنْ إِبْطَالِ أَحَدِهِمَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَهِيَ رَضِيَ الْمَالِكُ بِتَرْكِ الزَّرْعِ لِلْغَاصِبِ
 وَيَأْخُذُ [٢٦٧/٤] مِنْهُ أَجْرَ الْأَرْضِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ شَغَلَ الْمَعْصُوبَ
 بِمَالِهِ ، فَهِيَ صَاحِبُهُ أَخَذَ أَجْرَهُ ، كَمَا لَوْ تَرَكَ فِي الدَّارِ طَعَامًا يَخْتَاجُ فِي نَقْلِهِ
 إِلَى مُدَّةٍ . وَإِنْ أَحَبَّ أَخَذَ الزَّرْعَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، كَمَا يَسْتَحِقُّ الشَّفِيعُ أَخْذَ
 شَجَرِ الْمُشْتَرَى بِقِيَمَتِهِ . وَفِيمَا يُرَدُّ عَلَى الْغَاصِبِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، قِيَمَةُ

الإنصاف

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٤/٢ .
 والتِّرْمِذِيُّ ، في : باب ما جاء في من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي
 ١٢٥/٦ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه
 ٨٢٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٦٥/٣ .

(٢) في م : حسن صحيح .

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الزَّرْعُ لِلْغَاصِبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ .

الزَّرْع ؛ لَأَنَّهُ بَدَلَ عَنْ الزَّرْعِ ، فَيُقَدَّرُ بِقِيَمَتِهِ ، كَمَا لَوْ أَتَفَقَ ، وَلَأَنَّ الزَّرْعَ لِلْغَاصِبِ إِلَى حِينٍ ^(١) انْتِزَاعِهِ مِنْهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ أَخَذَهُ قَبْلَ انْتِزَاعِ الْمَالِكِ ، كَانَ مِلْكًا لَهُ يَأْخُذُهُ ، فَيَكُونُ أَخْذُ الْمَالِكِ لَهُ تَمَلُّكًا لَهُ ، إِلَّا أَنْ يُعَوِّضَهُ ، فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ بِقِيَمَتِهِ ، كَمَا لَوْ أَخَذَ الشَّقِصَ الْمَشْفُوعَ . فَعَلِيَ هَذَا ، يَجِبُ عَلَى الْغَاصِبِ أَجْرُ الْأَرْضِ إِلَى حِينِ تَسْلِيمِ الزَّرْعِ ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ كَانَ مَحْكُومًا لَهُ بِهِ ، وَقَدْ شَعَلَ بِهِ أَرْضٌ غَيْرُهُ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَرُدُّ عَلَى الْغَاصِبِ مَا انْفَقَ مِنَ الْبَذْرِ وَمُؤَنَةِ الزَّرْعِ فِي الْحَرْثِ وَالسَّقْيِ وَغَيْرِهِ . وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، وَظَاهِرُ الْحَدِيثِ ؛ لِقَوْلِهِ ، عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ » . وَقِيَمَةُ الشَّيْءِ لَا تُسَمَّى نَفَقَةً لَهُ . وَالْحَدِيثُ مَبْنِيٌّ عَلَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فَإِنَّ أَحْمَدَ إِنَّمَا ذَهَبَ إِلَى هَذَا الْحُكْمِ اسْتِخْسَانًا ، عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ ، فَإِنَّ الْقِيَاسَ أَنَّ الزَّرْعَ لَصَاحِبِ الْبَذْرِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مَالِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ غَضِبَ دَجَاجَةٌ فَحَضَنْتْ بَيْضًا لَهُ ، كَانَ النَّمَاءُ لَهُ . وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : هَذَا شَيْءٌ لَا يُوَافِقُ الْقِيَاسَ ، اسْتَحْسِنُ أَنْ يَذْفَعَ إِلَيْهِ نَفَقَتُهُ ؛ لِلْأَثَرِ . وَلِذَلِكَ جَعَلْنَاهُ لِلْغَاصِبِ إِذَا أَخَذَتْ مِنَ الْأَرْضِ بَعْدَ أَخْذِهِ الزَّرْعَ ، وَإِذَا كَانَ الْعَمَلُ بِالْحَدِيثِ ، فَيَجِبُ أَنْ يُتَّبَعَ مَذْلُوكُهُ (وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الزَّرْعُ لِلْغَاصِبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ) كَمَا إِذَا رَجَعَ

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الزَّرْعُ لِلْغَاصِبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ . وَهَذَا الْاِحْتِمَالُ لِأَبِي

(١) سقط من : الأصل .

فصل : فإن كان الزرع^(١) مما تبقى أصوله في الأرض ، ويُجزأ مرة بعد أخرى ، كالرطبة^(٢) ، احتمل أن يكون حكمه ما ذكرنا ؛ لدخوله في عموم الزرع ؛ لأنه ليس له فرع قوي ، أشبه الحنطة والشعير . واحتمل أن حكمه حكم العرس ؛ لبقاء أصله ، وتكرّر أخذه ، ولأن القياس يقتضي أن يثبت لكل زرع [٢٦٧/٤ ط] مثل حكم العرس ، وإنما ترك فيما تقل مدته للأثر ، ففيما عداه يبقى على قضية القياس .

الخطاب . وقيل : له قلعه ، إن صيغته . واختار ابن عقيل وغيره ، أن الزرع لرب الأرض ، كالولد ، فإنه لسيد الأم ، لكن المني لا قيمة له ، بخلاف البذر . ذكره الشيخ تقي الدين . قال الزركشي : وهذا القول ظاهر كلام الإمام أحمد في عامة نصوصه ، والخرقي ، والشيرازي ، وابن أبي موسى ، فيما أظن ، وعليه اعتمد الإمام أحمد . وكذا قال الحارثي : ظاهر كلام من تقدم من الأصحاب ؛ كالخرقي ، وابن أبي موسى ، عدم التخيير ، فإن كلا منهم قال : الزرع للمالك الأرض ، وعليه التفقة . وهذا بعينه هو المتواتر عن أحمد ، ولم يذكر أحد عنه تخييراً ، وهو الصواب ، وعليه . انتهى . وقال الشيخ تقي الدين ، في من زرع بلا إذن شريكه ، والعادة بأن من زرع فيها له نصيب معلوم ، ولربها نصيب : قسم ما زرعه في نصيب شريكه كذلك . قال : ولو طلب أحدهما من الآخر أن يزرع معه أو يهايته فيها ، فأبى ، فلاول الزرع في قدر حقه بلا أجر ، كدار بينهما فيها

(١) زيادة من : ر ، ق .

(٢) سقط من : الأصل .

فصل : فَإِنْ غَصَبَ أَرْضًا فَعَرَسَهَا فَأَثْمَرَتْ ، فَأَذَرَ كَهَا رَبُّهَا بَعْدَ أَخْذِ الْغَاصِبِ ثَمَرَتَهَا ، فَهِيَ لَهُ . فَإِنْ أَذَرَ كَهَا وَالثَّمَرَةُ فِيهَا ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا ثَمَرَةُ شَجَرِهِ ، فَكَانَتْ لَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي أَرْضِهِ ، وَلِأَنَّهَا نَمَاءُ أَصْلٍ مُحْكُومٍ بِهِ لِلْغَاصِبِ ، فَكَانَ لَهُ ، كَأَغْصَانِهَا وَوَرَقِهَا ، وَلَبَنِ الشَّاةِ وَنَسْلِهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : هِيَ لِمَالِكِ الْأَرْضِ إِنْ أَذَرَ كَهَا فِي الْغِرَاسِ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ فِي رِوَايَةٍ عَلَى بْنِ سَعِيدٍ : إِذَا غَصَبَ أَرْضًا فَعَرَسَهَا ، فَالْتِمَاءُ لِمَالِكِ الْأَرْضِ . قَالَ الْقَاضِي : وَعَلَيْهِ مِنَ الثَّقَفَةِ مَا أَنْفَقَهُ الْغَارِسُ مِنْ مُؤْنَةِ الثَّمَرَةِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَرَةَ فِي مَعْنَى الزَّرْعِ ، فَكَانَ لَصَاحِبِ الْأَرْضِ إِذَا أَذَرَ كَهَ

بَيْتَانِ ، سَكَنَ أَحَدُهُمَا عِنْدَ امْتِنَاعِهِ مِمَّا يَلْزِمُهُ . انْتَهَى . قُلْتُ : وَهَذَا الصَّوَابُ ، وَلَا يَسَعُ النَّاسَ غَيْرُهُ .

قوله : وهل ذلك قِيمَتُهُ ، أَوْ نَفَقَتُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَهِيَ وَجْهَانِ فِي نُسْخَةِ مَقْرُوءَةٍ عَلَى الْمُصَنِّفِ ، وَفِي نُسْخَةِ رِوَايَتَانِ ، وَعَلَيْهَا شَرْحُ الشَّارِحِ ، وَابْنُ مُنْجَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : حَكَاهُمَا مُتَأَخِّرُو الْأَصْحَابِ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « كِتَابِهِ [١٨٧/٢] وَالْكَبِيرِ » رِوَايَتَيْنِ ، وَأَوْرَدَهُمَا هُنَا وَجْهَيْنِ . قَالَ : وَالصَّوَابُ أَنَّهُمَا رِوَايَتَانِ . قَالَ هُوَ ، وَالشَّارِحُ : وَالْمَنْقُولُ عَنْ أَحْمَدَ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « تَذَكُّرَةِ ابْنِ عَقِيلٍ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْهَادِي » ، وَ « التَّلْخِيسِ » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ؛ لِإِحْدَاهُمَا ، يَأْخُذُهُ بِنَفَقَتِهِ ؛ وَهِيَ مَا أَنْفَقَ مِنَ الْبَذْرِ وَمُؤْنَةِ الزَّرْعِ ؛ مِنَ الْحَرْثِ وَالسَّقْيِ ، وَغَيْرِهِمَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، وَالشَّيْرَازِيِّ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « رُعُوسِ الْمَسَائِلِ » ،

قَائِمًا فِيهَا ، كَالزَّرْعِ . قَالَ شَيْخُنَا ^(١) : وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَدْ صَرَّحَ بِأَنَّهُ أَخَذَ رَبَّ الْأَرْضِ الزَّرْعَ شَيْءًا لَا يُوَافِقُ الْقِيَاسَ ، وَإِنَّمَا صَارَ إِلَيْهِ لِلْأَثَرِ ، فَيَخْتَصُّ الْحُكْمُ بِهِ ، وَلَا يُعَدَّى ^(٢) إِلَى غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ الثَّمَرَةَ تُفَارِقُ الزَّرْعَ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الزَّرْعَ نَمَاءُ الْأَرْضِ ، فَكَانَ لِصَاحِبِهَا ، وَالثَّمَرَةُ نَمَاءُ الشَّجَرِ ، فَكَانَتْ لِصَاحِبِهِ . الثَّانِي ، أَنَّهُ يَرُدُّ عَوَضَ الزَّرْعِ إِذَا أَخَذَهُ ، مِثْلَ الْبَذْرِ الَّذِي نَبَتَ مِنْهُ الزَّرْعُ ، مَعَ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ ، وَلَا يُمَكِّنُهُ مِثْلُ ذَلِكَ فِي الثَّمَرَةِ .

وَابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ مُتَقَدِّمُو الْأَصْحَابِ ؛ كَالْخِرْقِيِّ ، وَأَبِي بَكْرٍ ، ثُمَّ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِي فِي كِتَابَيْ « الْمُجَرَّدِ » ، وَ « رَعُوسِ الْمَسَائِلِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِصَرِيحِ الْأَخْبَارِ الْمُتَقَدِّمَةِ فِيهِ . انْتَهَى . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الطَّرِيقِ الْأَقْرَبِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَأْخُذُهُ بِقِيَمَتِهِ زَرْعًا الْآنَ . صَحَّحَهُ الْقَاضِي فِي « التَّعْلِيقِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْعُمْدَةِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « مُنْتَخَبِ الْأَرْجَى » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » ، وَ « إِدْرَاكِ الْغَايَةِ » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . قُلْتُ : وَالنَّفْسُ تَمِيلُ إِلَيْهِ . قَالَ ابْنُ الزَّاعُونِيِّ : أَضْلُهُمَا ، هَلْ يُضْمَنُ وَلَدُ الْمَعْرُورِ بِمِثْلِهِ ، أَوْ قِيَمَتِهِ ؟ وَعَنْهُ رَوَايَةٌ ثَالِثَةٌ ، يَأْخُذُهُ بِأَيُّهُمَا شَاءَ ، نَقَلَهَا مِنْهُنَا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ :

(١) فِي : الْمَغْنَى ٣٧٩/٧ .

(٢) فِي م : « يَتَعَدَّى » .

فصل : وإن غَصَبَ شَجَرًا فَأَثْمَرَ ، فَالْثَّمَرُ لِصَاحِبِ الشَّجَرِ ، بغير خلافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لَأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكُهُ ، وَلَأَنَّ الشَّجَرَ عَيْنُ مِلْكِهِ نَمًا وَزَادَ ، فَأُشْبِهَ ما لو طالتُ أَغْصَانُهُ . وَيُرَدُّ الثَّمَرُ إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، وَبَدَلَهُ إِنْ تَلَفَ ، وَإِنْ كَانَ رُطْبًا فَصَارَ ثَمَرًا ، أَوْ عِتَبًا فَصَارَ زَيْبًا ، فَعَلِيهِ رَدُّهُ وَأَرْضُ نَقْصِهِ إِنْ نَقَصَ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ بِعَمَلِهِ فِيهِ ، وَلَا أَجْرَةٌ عَلَيْهِ لِلشَّجَرِ ؛ لِأَنَّ أَجْرَتَهَا لَا تَجُوزُ فِي الْعُقُودِ ، فَكَذَلِكَ فِي الْعَصَبِ ، وَلَأَنَّ نَفْعَ الشَّجَرِ تَرْبِيَةُ الثَّمَرِ وَإِخْرَاجُهُ ، وَقَدْ عَادَتْ هَذِهِ الْمَنَافِعُ إِلَى الْمَالِكِ . وَلَوْ كَانَتْ مَاشِيَةً ، فَعَلِيهِ ضَمَانٌ وَلَدَهَا إِنْ وَلَدَتْ عِنْدَهُ ، وَضَمَانٌ لَبَنِيهَا بِمَثَلِهِ ؛ لَأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، وَيَضْمَنُ أَوْبَارَهَا وَأَشْعَارَهَا بِمَثَلِهِ ، كَالْقُطْنِ . وَفِي ضَمَانٍ [٢٦٨/٤] زَوَائِدِ الْعَصَبِ الْمُتَفَصِّلَةِ اخْتِلَافٌ نَذَرُهُ فِيمَا يَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

وَحَكَى الْقَاضِي (أَبُو حُسَيْنٍ^(١)) فِي كِتَابِ « التَّمَامِ » ، عَنْ أَخِيهِ أَبِي الْقَاسِمِ^(٢) ، رِوَايَةً بِالتَّخْيِيرِ ، وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ إِيْرَادِ الْقَاضِي يَعْقُوبَ فِي « التَّعْلِيْقِ » . وَذَكَرَ نَصَّ مُهَنَّأ . وَقَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَخَرَجَ أَبُو الْقَاسِمِ ابْنُ الْقَاضِي رِوَايَةً بِالْخَيْرَةِ ، فَكَانَهُ مَا أُطْلِعَ عَلَى كَلَامِ الْحَارِثِيِّ ، أَوْ لِأَبِي الْقَاسِمِ تَخْرِيجُ رِوَايَةٍ ، ثُمَّ أُطْلِعَ ، فَوَافَقَ التَّخْرِيجَ لَهَا . فَعَلِيَ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، وَاحْتِمَالِ أَبِي الْخَطَّابِ ، لَرَبِّ الْأَرْضِ أَجْرَتُهَا إِلَى حِينَ تَسْلِيمِ الزَّرْعِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَذَكَرَ

(١ - ١) فِي النسخ : (حَسِين) .

(٢) عبيد الله بن محمد بن الحسين بن محمد الفراء ، ابن القاضي أبي يعلى ، أبو القاسم . سمع الحديث من والده ، ورحل في طلب الحديث والعلم ، وكان أكبر ولد القاضي أبي يعلى ، وكان ذاعقة وديانة . توفي سنة تسع وستين وأربعمائة . ذيل طبقات الحنابلة ١/ ١٢ ، ١٣ .

أَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ ، أَنَّهُ لَا أَجْرَةَ لَهُ . وَنَقَلَهُ إِبْرَاهِيمُ بْنُ الْحَارِثِ . وَعَلَى الْمَذْهَبِ ،
أَعْنَى إِذَا أَوْجَبْنَا رَدَّ النَّفَقَةِ ، فَقَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » : يَرُدُّ مِثْلَ الْبَذْرِ .
وَبِهِ قَالَ ابْنُ الرَّائِغُونِيِّ ؛ لِأَنَّ الْبَذَرَ مِثْلٌ . وَنَصَرَهُ الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي
« الْمُجَرَّد » : يَجِبُ ثَمَنُ الْبَذْرِ .

تَنْبِيهِ : قَالَ الْحَارِثِيُّ : عَبَّرَ الْمُصَنِّفُ بِالنَّفَقَةِ عَنْ عِوَضِ الزَّرْعِ ، وَكَذَلِكَ عَبَّرَ
أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالسَّامَرِيُّ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرُهُمْ ، وَلَيْسَ بِالْجَيِّدِ ؛
لَوْجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْمُعَاوَضَةَ تَسْتَلْزِمُ مِلْكَ الْمُعَوَّضِ ، وَدُخُولَ الزَّرْعِ فِي
مِلْكِ الْغَاصِبِ بَاطِلٌ بِالنَّصِّ . كَمَا تَقَدَّمَ ، فَبَطَلَ كَوْنُهَا عِوَضًا عَنْهُ . الثَّانِي ، الْأَصْلُ
فِي الْمُعَاوَضَةِ تَفَاوُتُهُمَا وَتَبَاعُدُهُمَا ، فَدَلَّ عَلَى انْتِفَاءِ الْمُعَاوَضَةِ ، وَالصَّوَابُ ، أَنَّهَا
عِوَضُ الْبَذْرِ وَلَوْ أَحَقُّهُ . انْتَهَى .

فَائِدَةٌ : يُزَكِّيهِ رَبُّ الْأَرْضِ ، إِنْ أَخَذَهُ قَبْلَ وُجُوبِ الزَّكَاةِ ، وَإِنْ أَخَذَهُ بَعْدَ
الْوُجُوبِ ، فَفِي وُجُوبِ الزَّكَاةِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ،
و « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » . قُلْتُ : الصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُزَكِّيهِ ، بَلْ تَجِبُ الزَّكَاةُ عَلَى
الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكُهُ إِلَى حِينِ اخْتِزِهِ ، عَلَى الصَّحِيحِ ، كَمَا تَقَدَّمَ . وَعَلَى مُقْتَضَى
النُّصُوصِ ، وَاخْتِيَارِ الْخَرَقِيِّ ، وَأَبِي بَكْرٍ ، وَابْنِ أَبِي مُوسَى ، وَالْحَارِثِيِّ ،
وَغَيْرِهِمْ ، يُزَكِّيهِ رَبُّ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّهُمْ حَكَمُوا أَنَّ الزَّرْعَ مِنْ أَصْلِهِ لِرَبِّ الْأَرْضِ
(« وَعَلَى هَذَا يَكُونُ هَذَا الْمَذْهَبُ ») .

وَإِنْ غَرَسَهَا أُوبَنَى فِيهَا ، أُخِذَ بِقَلْعِ غَرْسِهِ وَبَنَائِهِ ، وَتَسْوِيَةِ
الْأَرْضِ وَأَرْضِ نَقْصِهَا وَأُجْرَتِهَا .

٢٣٠٠ - مسألة : (وَإِنْ غَرَسَ أُوبَنَى ، أُخِذَ بِقَلْعِ غَرْسِهِ وَبَنَائِهِ ،
وَتَسْوِيَةِ الْأَرْضِ وَأَرْضِ نَقْصِهَا وَأُجْرَتِهَا) متى غَرَسَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ بغير
إِذْنِهِ ، أَوْ بَنَى فِيهَا ، وَطَلَبَ صَاحِبُ الْأَرْضِ قَلْعَ غَرَايسِهِ وَبَنَائِهِ ، لَزِمَ
الغَاصِبَ ذَلِكَ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِمَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ زَيْدٍ عَنْ عَمْرِو
ابْنِ نُفَيْلٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » . رَوَاهُ
التِّرْمِذِيُّ ^(١) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ فِي
الْحَدِيثِ أَنَّهُ قَالَ : فَلَقَدْ أَخْبَرَنِي الَّذِي حَدَّثَنِي هَذَا الْحَدِيثَ أَنَّ رَجُلًا غَرَسَ
فِي أَرْضِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ ، مِنْ بَنِي بَيَاضَةَ ، فَاخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ،
فَقَضَى لِلرَّجُلِ بِأَرْضِهِ ، وَقَضَى لِلْآخَرِ أَنْ يَنْزِعَ نَخْلَهُ . قَالَ : فَلَقَدْ رَأَيْتُهَا
يُضْرَبُ فِي أَصُولِهَا بِالْفَتُوسِ ، وَإِنَّهَا لَتَنْخُلُ عُمٌّ ^(٢) . وَلَأنَّهُ شَغَلَ مَلِكٌ غَيْرِهِ

قوله : وَإِنْ غَرَسَهَا ، أَوْ بَنَى فِيهَا ، أُخِذَ بِقَلْعِ غَرْسِهِ وَبَنَائِهِ وَتَسْوِيَةِ الْأَرْضِ ،
وَأَرْضِ نَقْصِهَا وَأُجْرَتِهَا . وَهَذَا مَقْطُوعٌ بِهِ عِنْدَ جُمْهُورِ الْأَصْحَابِ ، إِلَّا أَنَّ
صَاحِبَ « الرِّعَايَةِ » قَالَ : لَزِمَهُ الْقَلْعُ فِي الْأَصَحِّ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ
وَالسَّبْعِينَ » : وَالْمَشْهُورُ عَنْ أَحْمَدَ ، لِلْمَالِكِ قَلْعُهُ مَجَّانًا ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ .
وَعَنْهُ ، لَا يَقْلَعُ ، بَلْ يَتَمَلَّكُهُ بِالْقِيَمَةِ . وَعَلَيْهَا ، لَا يَقْلَعُ إِلَّا مَضْمُونًا ، كَغَرْسِ
الْمُسْتَعِيرِ . كَذَلِكَ حَكَاهُمَا الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ .

(١) تقدم تخريجه في ٢٩٩/١٣ .

(٢) أخرجه أبو داود في التخریج السابق . وأبو عبيد ، في : غريب الحديث ٢٩٦/١ .

وعُمٌّ : أى طوال . اللسان (ع م م) .

بِمِلْكِهِ الَّذِي لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ بغيرِ إِذْنِهِ ، فَلَزِمَهُ تَفْرِيعُهُ ، كَمَا لَوْ جَعَلَ فِيهِ قُمَاشًا . وَإِذَا قَلَعَهَا ، لَزِمَهُ تَسْوِيَةُ الْحَفْرِ ، وَرَدُّ الْأَرْضِ إِلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ ضَرَرٌ حَصَلَ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِفِعْلِهِ ، فَلَزِمَتْهُ إِزَالَتُهُ .

(١) تبيينه : شَمِلَ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ ، مَا لَوْ كَانَ الْغَارِسُ أَوْ الْبَانِي أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ . وَهُوَ كَذَلِكَ ، حَتَّى وَلَوْ لَمْ يَغْصِبْهُ ، لَكِنْ غَرَسَ أَوْ بَنَى مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ . وَهُوَ صَحِيحٌ . نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ غَرَسَ نَخْلًا ، فِي أَرْضٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قَوْمٍ ، مُشَاعًا ؟ قَالَ : إِنْ كَانَ بغيرِ إِذْنِهِمْ ، قَلَعَ نَخْلَهُ . وَيَأْتِي هَذَا أَيْضًا فِي الشُّفْعَةِ (١) .

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، لَوْ زَرَعَ فِيهَا شَجَرًا بَنَوَاهُ ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، أَنَّهُ لَهُ ، كَمَا فِي الْغِرَاسِ . وَيَحْتَمِلُ كَوْنُهُ لِرَبِّ الْأَرْضِ ؛ لِدُخُولِهِ فِي عُمُومِ أَخْبَارِ الزَّرْعِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَمِنْهَا ، لَوْ أَثْمَرَ مَا غَرَسَ الْغَاصِبُ ، فَقَالَ فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَ « الْفُصُولِ » ، وَصَاحِبُ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « نَوَادِرِ الْمَذْهَبِ » : الثَّمَرُ لِلْمَالِكِ الْأَرْضِ ، كَالزَّرْعِ ؛ إِنْ أَدْرَكَهُ أَخَذَهُ ، وَرَدَّ الثَّفَقَةَ ، وَإِلَّا فَهُوَ لِلغَاصِبِ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَنَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ عَلِيِّ بْنِ سَعِيدٍ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَنَصُّهُ فِي مَنْ غَرَسَ أَرْضًا ، الثَّمَرَةُ لِرَبِّ الْأَرْضِ ، وَعَلَيْهِ الثَّفَقَةُ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْفَاتِقِ » ، وَابْنُ رَزِينٍ : لَوْ أَثْمَرَ مَا غَرَسَهُ الْغَاصِبُ ؛ فَإِنْ أَدْرَكَهُ صَاحِبُ الْأَرْضِ بَعْدَ الْجَذَاذِ ، فَلِلغَاصِبِ ، وَكَذَلِكَ قَبْلَهُ . وَعَنْهُ ، لِلْمَالِكِ الْأَرْضِ ، وَعَلَيْهِ الثَّفَقَةُ . انْتَهَوْا . قَالَ ابْنُ رَزِينٍ ، عَنْ الْقَوْلِ بِأَنَّهُ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ : لَيْسَ بِشَيْءٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَفِيهِ [١٨٧/٢ ظ]

فصل : فَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَخْذَ الشَّجَرِ وَالْبِنَاءِ بِغَيْرِ عَوَضٍ ،
 لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِ الْغَاصِبِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ صَاحِبُ الْأَرْضِ
 أَخْذَهُ ، كَمَا لَوْ وَضَعَ فِيهَا أَثَانًا أَوْ حَيَوَانًا . وَإِنْ طَلَبَ أَخْذَهُ بِقِيمَتِهِ ، وَأَبَى
 مَالِكُهُ إِلَّا^(١) الْقَلْعَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ ، فَمَلَكَ نَقْلَهُ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى
 أَخْذِ الْقِيمَةِ ؛ لِأَنَّهَا^(٢) مُعَاوَضَةٌ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهَا . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى تَعْوِضِهِ
 عَنْهُ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، فَجَازَ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ . وَإِنْ وَهَبَ الْغَاصِبُ
 الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ لِلْمَالِكِ الْأَرْضِ ؛ لِيَتَخَلَّصَ مِنْ قَلْعِهِ^(٣) ، فَقَبِلَهُ الْمَالِكُ ،
 جَازَ . وَإِنْ أَبَى قَبُولَهُ ، وَكَانَ فِي قَلْعِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى قَبُولِهِ ،
 وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ ، احْتَمَلَ أَنْ يُجْبَرَ عَلَى قَبُولِهِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ رَفَعَ
 الْخُصُومَةِ مِنْ غَيْرِ غَرَضٍ يَفُوتُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجْبَرَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِجْبَارًا
 عَلَى عَقْدٍ يُعْتَبَرُ الرِّضَا فِيهِ . وَإِنْ غَضِبَ [٢٦٨/٤ ظ] أَرْضًا وَغِرَاسًا مِنْ رَجُلٍ
 وَاحِدٍ فغَرَسَهُ فِيهَا ، فَالْكُلُّ لِلْمَالِكِ الْأَرْضِ . فَإِنْ طَالَبَهُ الْمَالِكُ بِقَلْعِهِ ، وَلَهُ
 فِي قَلْعِهِ غَرَضٌ ، أُجْبِرَ عَلَى قَلْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتَ عَلَيْهِ غَرَضًا مَقْصُودًا بِالْأَرْضِ ،

وَجَهٌ ، أَنَّهُ لِلْغَاصِبِ بِكُلِّ حَالٍ . وَحَكَاهُ ابْنُ الرَّأْغُونِيِّ فِي كِتَابِ الشُّرُوطِ ، رَوَايَةً
 عَنْ أَحْمَدَ ، قَالَ : وَهَذَا أَصَحُّ ؛ اعْتِبَارًا بِأَصْلِهِ . قَالَ : وَالْقِيَاسُ عَلَى الزَّرْعِ
 ضَعِيفٌ . وَاخْتَارَ الْحَارِثِيُّ مَا قَدَّمَهُ الْمُصَنِّفُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ،
 وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَمِنْهَا ، لَوْ جَصَّصَ الدَّارَ وَزَوَّقَهَا ، فَحُكْمُهَا كَالْبِنَاءِ . قَالَهُ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « لأنه » .

(٣) في الأصل ، ر : « فعله » .

فَأَخِذْ بِإِعَادَتِهَا إِلَى مَا كَانَتْ ، وَعَلَيْهِ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ ، وَنَقْصُهَا وَنَقْصُ الْغِرَاسِ ؛ لِأَنَّهُ نَقْصٌ حَصَلَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ غَصَبَ طَعَامًا فَتَلَفَ بَعْضُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي قَلْعِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى قَلْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ سَفَهٌ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : يُجْبَرُ ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ مُحَكَّمٌ فِي مِلْكِهِ ، وَالْغَاصِبَ غَيْرُ مُحَكَّمٍ . فَإِنْ أَرَادَ الْغَاصِبُ قَلْعَهُ ، وَمَنَعَهُ الْمَالِكُ ، لَمْ يَمْلِكْ قَلْعَهُ ؛ لِأَنَّ الْجَمِيعَ مِلْكٌ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ غَيْرُهُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ .

فصل : وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا بَنَى فِي الْأَرْضِ ، كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا غَرَسَ فِيهَا فِي هَذَا التَّفْصِيلِ جَمِيعِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَرَّجُ أَنَّهُ إِذَا بَدَّلَ مَالِكُ الْأَرْضِ الْقِيَمَةَ لِسَاحِبِ الْبِنَاءِ ، أُجْبِرَ عَلَى قَبُولِهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي النَّقْضِ غَرَضٌ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ النَّقْضَ سَفَهٌ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِمَا رَوَى الْخَلَّالُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنِ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ ، قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ بَنَى فِي رِبَاعٍ قَوْمٍ بِإِذْنِهِمْ فَلَهُ الْقِيَمَةُ ، وَمَنْ بَنَى بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَهُ النَّقْضُ » ^(١) . وَلِأَنَّ ذَلِكَ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا ، وَإِذَا كَانَتِ الْآلَةُ مِنْ تُرَابِ الْأَرْضِ وَأَحْجَارِهَا ، فَلَيْسَ لِلْغَاصِبِ النَّقْضُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْعَرَسِ .

فِي « الْكَافِي » . وَلَوْ وَهَبَ ذَلِكَ لِمَالِكِهَا ، فَفِي إِجْبَارِهِ عَلَى قَبُولِهِ وَجْهَانِ ، الْإِنْصَافُ كَالصَّبْغِ فِي الثَّوْبِ ، عَلَى مَا يَأْتِي . وَمِنْهَا ، لَوْ غَصَبَ أَرْضًا ، فَبَنَاهَا دَارًا بِتُرَابٍ مِنْهَا

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ بَنَى أَوْ غَرَسَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْغَصَبِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٩١/٦ . وَضَعَفَ إِسْنَادَهُ .

فصل : وإن غصب أرضاً ، فكشط ترابها ، لزِمَ رَدُّه وفرْشه على ما كان ، إن طالَبه المالكُ وكان فيه غرضٌ ، وإن لم يكن فيه غرضٌ ، فهل يُجبرُ على فرْشه ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . وإن منَعه المالكُ فرْشه أو رَدَّه ، وطلَب الغاصِبُ ذلك ، وكان في رَدِّه غرضٌ من إزَالَةِ ضَرَرٍ أو ضَمَانٍ ، فله فرْشه ورَدُّه ، وعليه أَجرٌ مِثْلُهَا مُدَّةَ شَعْلِهَا وَأَجْرُ نَقْصِهَا . وإن أَخَذَ ترابَ أرضٍ ، فضرَبَ لَبَنًا ، رَدَّه ولا شيءَ له ، إِلَّا أنْ يَجْعَلَ فيه تَبْنًا له ، فله أنْ يَحُلَّه وَيَأْخُذَ تَبْنَهُ . فإن كان لا يَحْصُلُ منه شيءٌ ، ففيه وَجْهَانِ ، بِنَاءٌ على كَسْطِ التَّزْوِيقِ إذا لم يكن له قِيَمَةٌ ، وسنذكره . وإن طالَبه المالكُ بِحُلِّه ، لزِمَ ذلك إذا كان فيه غرضٌ ، [٢٦٩/٤] فإن لم يكن فيه غرضٌ ، فعلى وَجْهَيْنِ . فإن جَعَلَهُ أَجْرًا أو فَخَارًا ، لزِمَ رَدُّه ، ولا أَجرَ له لَعْمِهِ ، وليس له كَسْرُهُ ، ولا للمالكِ إجبارُهُ عليه ؛ لأنَّهُ سَفَهٌ وإِتْلَافٌ للمالِ وإِضَاعَةٌ ، وقد نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عن إِضَاعَةِ المَالِ .

وآلَاتٍ مِنَ المَعْصُوبِ منه ، فعليه أَجْرُهَا مَبْنِيَّةٌ ، وإن كانت آلاَتُهَا مِنْ مالِ الغاصِبِ ، فعليه أَجْرَةُ الأَرْضِ دُونَ بِنَائِهَا ؛ لأنَّهُ إِنَّمَا غَصَبَ الأَرْضَ ، والبِنَاءَ له ، فلم يَلْزَمْهُ أَجْرَةُ مالِهِ ، فلو أَجَرَهَا ، فالأَجْرَةُ لَهَا بِقَدْرِ قِيَمَتَيْهَا . نقل ابنُ مَنْصُورٍ ، في مَنْ بَنَى فيها وَيُوجِرُهَا ، الْعَلَّةُ على النَّصِيبِ . ونقل ابنُ مَنْصُورٍ أَيضًا ، ويكونُ شَرِيكًا بِزِيَادَةِ بِنَاءٍ . ومنها ، لو طَلَبَ أَخَذَ البِنَاءِ أو الْغِرَاسَ بِقِيَمَتِهِ ، وأَبَى مالِكُهُ إِلَّا الْقَلْعَ ، فله ذلك ، ولا يُجْبَرُ على أَخْذِ القِيَمَةِ . وفي البِنَاءِ تَخْرِيجٌ ، إذا بَدَلَ صَاحِبُ الأَرْضِ لصَاحِبِ القِيَمَةِ ، أَنَّهُ يُجْبَرُ على قَبُولِهَا ، إذا لم يكن في التَّقْضِ غَرَضٌ صَحِيحٌ . وهو للمُصَنِّفِ . والمذهبُ ، الأولُ . وذكر ابنُ عَقِيلٍ رِوَايَةً فيه ، لا

فصل : وعليه ضمان نقص الأرض إن نقصت بالعرس والبناء .
وهكذا كل عين معصوبة ، على الغاصب ضمان نقصها ، إذا كان نقصا
مستقرا ، كإتاء تكسر ، وطعام سوس^(١) أو تلف بعضه ، وثوب
تخرق ؛ لأنه نقص حصل في يد الغاصب ، فوجب ضمانه ، كتلف بعض
الطعام وذراع من الثوب^(٢) . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إذا
شق لرجل ثوبا شقا قليلا ، أخذ أرضه ، وإن كثر ، فصاحبه بالخيار بين
تسليمه وأخذ قيمته ، وبين إمساكه مع الأرض . ورؤى عن أحمد كلام

يلزمه ، ويعطيه قيمته . ونقله ابن الحكم . ورؤى الخلل فيه ، عن عائشة ، رضى
الله عنها ، مرفوعا : « له ما نقص » . قال أبو يعلى الصغير : هذا منعتنا من القياس .
ونقل جعفر فيها ، لرب الأرض أخذه . وجزم به ابن رزين ، وزاد ، وتركه
بأجرة . انتهى . ومنها ، إن اتفقا على القيمة ، فالواجب قيمة العراس مقلوعا .
حكاه ابن أبي موسى وغيره . وإن وهبهما الغاصب لرب الأرض ؛ ليدفع عن نفسه
كلفة القلع ، فقبله ، جاز . وإن أبى إلا القلع ، وكان في قلعه غرض صحيح ، لم
يُجبر على القبول . وإن لم يكن له في القلع غرض صحيح ، ففي إجباره على القبول
احتمالان . وأطلقهما في « المغنى » ، و « الشرح » ، و « الحارثي » ،
و « الفروع » . قال في « الرعاية » : وإن وهبها لرب الأرض ، لم يلزمه
القبول ، إن أراد القلع ، وإلا احتمل وجهين . انتهى . قلت : الأولى أنه لا يجبر .
ومنها ، لو غصب أرضا و^(٣) غراسا من شخص واحد ،

(١-١) سقط من : تش ، م .

(٢) في الأصل : « أو » .

يَحْتَمِلُ هَذَا ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ مُوسَى بْنِ سَعِيدٍ : إِنْ شَاءَ شَقَّ الثُّوبَ ، وَإِنْ شَاءَ مَثَلَهُ . يَعْنِي ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ أَرْضَ الشَّقِّ . وَوَجْهُهُ أَنَّ الْجَنَايَةَ أَتَلَفَتْ مُعْظَمَ نَفْعِهِ ، فَكَانَتْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِقِيَمَتِهِ ، كَمَا لَوْ قَتَلَ شَاةً لَهُ . وَحَكَى أَصْحَابُ مَالِكٍ عَنْهُ ، إِذَا جَنَى عَلَى عَيْنٍ فَأَتَلَفَ غَرَضَ صَاحِبِهَا فِيهَا ، كَانَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ ؛ إِنْ شَاءَ رَجَعَ بِمَا نَقَصَتْ ، وَإِنْ شَاءَ سَلَّمَهَا وَأَخَذَ قِيَمَتَهَا . وَلَعَلَّ مَا يُحْكَى عَنْهُ مِنْ قَطْعِ ذَنْبِ حِمَارِ الْقَاضِي يَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَتَلَفَ غَرَضَهُ بِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْكَبُهُ فِي الْعَادَةِ . وَحُجَّتُهُمْ أَنَّهُ أَتَلَفَ الْمَنْفَعَةَ الْمَقْصُودَةَ مِنَ السَّلْعَةِ ، فَلَزِمَتْهُ قِيَمَتُهَا ، كَمَا لَوْ أَتَلَفَهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا جَنَايَةٌ عَلَى مَالٍ أَرْضُهَا دُونَ قِيَمَتِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْمُطَالَبَةُ بِجَمِيعِ قِيَمَتِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الشَّقُّ سِيرًا ، وَلِأَنَّهَا جَنَايَةٌ تَنْقُصُ بِهَا الْقِيَمَةَ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَتَلَفْ غَرَضُ صَاحِبِهَا ، وَفِي الشَّاةِ أَتَلَفَ جَمِيعَهَا ؛ لِأَنَّ الْإِعْتِبَارَ بِالْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لَا بِغَرَضِ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَضْلُحْ لِصَاحِبِهِ صَلَحَ لغيرِهِ . وَعَلَيْهِ أَجْرُ الْأَرْضِ مِنْذُ غَضَبِهَا إِلَى وَقْتِ تَسْلِيمِهَا^(١) . وَهَكَذَا كُلُّ مَا لَهُ أَجْرٌ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ أَجْرٌ مِثْلُهُ ، سِوَاءِ اسْتَوْفَى الْمَنَافِعَ أَوْ تَلَفَتْ تَحْتَ يَدِهِ ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ فِي يَدِهِ الْعَادِيَةِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ عَوَضُهَا ، كَالْأَعْيَانِ . وَفِيهِ اخْتِلَافٌ نَذَرُهُ فِيمَا يَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . [٢٦٩ / ٤ ظ] وَإِنْ غَضَبَ أَرْضًا فَبَنَاهَا دَارًا ، فَإِنْ

الإنصاف فغَرَسَهُ فِيهَا ، فَالْكُلُّ لِلْمَالِكِ الْأَرْضِ ، فَإِنْ طَالَبَهُ رَبُّ الْأَرْضِ بِقَلْعِهِ ، وَلَهُ فِي قَلْعِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ ، أُجْبِرَ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ وَنَقْصُهَا وَنَقْصُ الْغِرَاسِ . وَإِنْ

(١) فِي م : « تَسْلِيمُهُ » .

كانت آلاتُ بنائها من مالِ الغاصِبِ ، فعليه أجرُ الأرضِ دُونَ بنائها ؛ لأنَّه
 إنما غَصَبَ الأرضَ ، والبناءُ له ، فلم يَلْزَمْهَ أجرُ مالِهِ ، وإن بناها بترابٍ
 منها وآلاتٍ للمَغْصُوبِ منه ، فعليه أجرُها مَبْنِيَّةٌ ؛ لأنَّ الدَّارَ كُلَّها مِلْكٌ
 للمَغْصُوبِ منه ، وإنما للغاصِبِ فيها أثرُ الفِعلِ ، فلا يكونُ في مُقابَلَتِهِ أجرٌ ؛
 لأنَّه وَقَعَ عُدوانًا .

لم يَكُنْ في قَلْبِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ ، لم يُجَبَّرْ ، على الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ . قَدَّمَهُ في
 « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الْحَارِثِيَّ » ، و « الْفُرُوعِ » ، وغيرِهِمْ .
 وقِيلَ : يُجَبَّرُ . وهو اِخْتِمَالٌ لِلْمُصَنِّفِ . وإن أَرَادَ الغاصِبُ قَلْبَهُ اِبْتِدَاءً ، فله مَنَعُهُ .
 قالَ الْحَارِثِيُّ ، وصاحِبُ « الرَّعَايَةِ » ، وغيرُهُما ، وَيَلْزَمُهُ أَجْرَتُهُ مَبْنِيًّا ، كما تَقَدَّمَ .
 فائِلِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لو غَرَسَ الْمُشْتَرِي مِنَ الغاصِبِ ، ولم يَعْلَمْ بِالْحَالِ ، فقال
 ابنُ أَبِي مُوسَى ، والقاضِي في « الْمُجَرَّدِ » ، وَتَبِعَهُ عَلَيْهِ الْمُتَأَخِّرُونَ : لِلْمَالِكِ قَلْبُهُ
 مَجَانًا ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي بِالنَّقْصِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ . قالَ الْحَارِثِيُّ : الْحُكْمُ كما تَقَدَّمَ .
 قالَ أَصْحَابُنَا . وقَدَّمَهُ في « الْمُحَرَّرِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
 وغيرِهِمْ . وقالَ في « الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ وَالسَّبْعِينَ » : الْمَنْصُوصُ أَنَّهُ يَتَمَلَّكُهُ
 بِالْقِيَمَةِ ، ولا يَقْلَعُ مَجَانًا ، نَقَلَهُ حَرْبٌ ، وَيَعْقُوبُ بْنُ بَخْتَانَ . قالَ : ولا يَثْبُتُ عَنْ
 أَحْمَدَ سِوَاهُ ، وهو الصَّحِيحُ . انتهى . ويَأْتِي في كلامِ الْمُصَنِّفِ ما هو أَعَمُّ مِنْ
 ذَلِكَ ، في البابِ في قَوْلِهِ : وَإِنْ اشْتَرَى أَرْضًا فَعَرَسَهَا ، أو بَنَى فِيهَا ، فَخَرَجَتْ
 مُسْتَحَقَّةً . الثَّانِيَةُ ، الرُّطْبَةُ ونَحْوُهَا ، هل هِيَ كالزَّرْعِ في الْأَحْكامِ الْمُتَقَدِّمَةِ ، أو
 كالغِرَاسِ ؟ فيه اِخْتِمَالَانِ . وأُطْلِقَهُمَا في « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ،
 و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَاتِقِ » ، و « قَوَاعِدِ ابْنِ رَجَبٍ » ، و « الزَّرَكَشِيِّ » ؛
 أَحَدُهُما ، أَنَّهُ كالزَّرْعِ . قَدَّمَهُ ابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِهِ » ، وقالَ : لأنَّه زَرْعٌ لَيْسَ لَهُ

فصل : وإن غَصَبَ دارًا فنَقَضَها ولم يَبْنِها ، فعليه أَجْرُ دارٍ إلى حينِ نَقْضِها ، وأَجْرُها مَهْدُومَةٌ مِنْ حينِ نَقْضِها إلى حينِ رَدِّها ؛ لأنَّ البِناءَ انْهَدَمَ وتَلَفَ ، فلم يَجِبْ أَجْرُهُ مع تَلَفِهِ . وإن نَقَضَها ، ثم بَنَاهَا بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فالحُكْمُ كَذَلِكَ . وإن بَنَاهَا بِآلَتِها أو آلَةٍ مِنْ تَرابِها ، أو مِلْكٍ المَغْضُوبِ مِنْهُ ، فعليه أَجْرُها عَرَصَةٌ مِنْذُ نَقْضِها إلى أن بَنَاهَا ، وأَجْرُها دارًا فيما قَبْلَ ذَلِكَ وبعْدَهُ ؛ لأنَّ البِناءَ للمالِكِ . وحُكْمُها في نَقْضِ بِنائِها الذي بَنَاهُ الغاصِبُ حُكْمُ ما لو غَصَبَها عَرَصَةٌ فَبَنَاهَا . وإن كان الغاصِبُ باعَها فَبَنَاهَا المُشْتَرِي ، أو نَقَضَها ثم بَنَاهَا ، لم يَخْتَلِفِ الحُكْمُ ، وللمالِكِ مُطالَبَةٌ مَنْ شاءَ مِنْهُما ، والرُّجُوعُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ رَجَعَ عَلَى الغاصِبِ ، رَجَعَ الغاصِبُ عَلَى المُشْتَرِي بِقِيَمَةِ ما تَلَفَ ^(١) مِنَ الْأَعْيَانِ ؛ لأنَّ المُشْتَرِي دَخَلَ عَلَى أَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِالْعَوَضِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ رَجَعَ الْمَالِكُ عَلَى المُشْتَرِي ، رَجَعَ المُشْتَرِي عَلَى الغاصِبِ بِنَقْصِ ^(٢) التَّالِفِ ، وَلَمْ يَرْجَعْ بِقِيَمَةِ ما تَلَفَ . وَهَلْ يَرْجَعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْأَجْرِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَلَيْسَ لَهُ مُطالَبَةٌ المُشْتَرِي مِنَ الْأَجْرِ إِلَّا بِالْأَجْرِ مُدَّةَ مُقَامِها فِي يَدِهِ ؛ لأنَّ يَدَهُ إِنَّمَا تَثْبُتُ حِينَئِذٍ .

الإِنصافُ
فَرَعَ قَوًى ، فَأَشْبَهَ الحِنْطَةَ . قال الزَّرْكَشِيُّ : وَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ كَلَامِ الحِرْقِيِّ .
قُلْتُ : وَكَذا غَيْرُهُ . وَالوَجْهُ الثَّانِي ، هُوَ كَالْغِرَاسِ قال النَّاطِمُ :
وَكَالْغِرَاسِ فِي الْأَقْوَى ، الْمُكْرَرُ جَذَهُ .

(١) فِي تَش ، م ، : « أَتَلَفَ » .

(٢) فِي تَش ، م ، : « فِي نَقْصِ » .

وإن غَصَبَ لَوْحًا ، فَرَقَعَ بِهِ سَفِينَةً ، لَمْ يُقْلَعْ حَتَّى تَرَسُو .
المقنع

الشرح الكبير

٢٣٠١ - مسألة : (وإن غَصَبَ لَوْحًا ، فَرَقَعَ بِهِ سَفِينَةً ، لَمْ يُقْلَعْ حَتَّى تَرَسُو) « إذا غَصَبَ لَوْحًا فَرَقَعَ بِهِ سَفِينَةً وَكَانَتْ عَلَى السَّاحِلِ ، رَدَّهُ . وَإِنْ كَانَتْ فِي لُجَّةِ الْبَحْرِ وَاللُّوحُ فِي أَعْلَاهَا بَحِثْ لَا تَغْرُقْ بِقَلْعِهِ ، لَزِمَ قَلْعُهُ . وَإِنْ خِيفَ غَرُقُهَا بِذَلِكَ ، لَمْ يُقْلَعْ حَتَّى [٢٧٠/٤] تَخْرُجَ إِلَى السَّاحِلِ ^(١) . وَلصاحب اللُّوحِ طَلَبُ قِيَمَتِهِ ، فَإِذَا أُمِكنَ رَدُّ اللُّوحِ ، اسْتَرْجَعَهُ وَرَدَّ الْقِيَمَةَ ، كَمَا لَوْ غَصَبَ عَبْدًا ، فَأَبْقَى . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ كَانَ فِيهَا حَيَوَانٌ لَهُ حُرْمَةٌ أَوْ مَالٌ لَغَيْرِ الْغَاصِبِ ^(٢) ، لَمْ يُقْلَعْ ، كَالْخَيْطِ .

الإنصاف

ويأتى قريباً : لو حفر في الأرض بئراً .

قوله : « وإن غَصَبَ لَوْحًا فَرَقَعَ بِهِ سَفِينَةً ، لَمْ يُقْلَعْ حَتَّى تَرَسُو » . يعنى ، إذا كان يخاف من قَلْعِهِ . وهذا المذهب مطلقاً ، وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الفروع » وغيره . قال في « القواعد الأصولية » : « هو المذهب عند الأصحاب . وقيل : يُقْلَعُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ حَيَوَانٌ مُحْتَرَمٌ ، أَوْ مَالٌ لِلْغَيْرِ . جزم به في « عُيُونُ الْمَسَائِلِ » ، وهو احتمال لأبى الْخَطَّابِ فِي « الْهَدَايَةِ » . قال الْحَارِثِيُّ : وَمُطْلَقُ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى يَقْتَضِيهِ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : مَنْ اغْتَصَبَ سَاجَةً ، فَبَنَى عَلَيْهَا حَائِطًا ، أَوْ جَعَلَهَا فِي سَفِينَةٍ ، قُلِعَتْ مِنَ الْحَائِطِ أَوْ السَّفِينَةِ ، وَإِنْ اسْتُهِدِمَا بِالْقَلْعِ . انتهى .

(١ - ١) في تش ، م : « إذا كانت السفينة يخاف غرقها بقلع اللوح لم يقلع حتى تخرج إلى الساحل وإن كان في أعلاها لا تغرق بقلعه لزمه قلعهُ » .

(٢) في الأصل : « صاحب اللوح » وفي ر ، ق : « صاحبه » .

وَإِنْ غَضَبَ خَيْطًا ، فَخَاطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ ، وَخِيفَ عَلَيْهِ مِنْ قَلْعِهِ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَيَوَانُ مَا كُوِلًا لِلْغَاصِبِ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ رَدُّهُ وَيُذْبَحُ الْحَيَوَانُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

وإن كان فيها مالٌ للغاصبِ ، أو لا مالَ فيها ، فكذلك ، في ^(١) أحدِ الوجهين . والثاني ، يُقْلَعُ في الحال ؛ لأنه أُمْكِنَ رَدُّ الْمَعْصُوبِ ، فَلْزَمَهُ وَإِنْ أَقْضَى إِلَى تَلَفِ مَالِ الْغَاصِبِ ، كَرَدِّ السَّاجَةِ الْمَبْنِيِّ عَلَيْهَا . ولأصحابِ الشافعيِّ وجهان كَهَذَيْنِ . ولنا ، أنه أُمْكِنَ رَدُّ الْمَعْصُوبِ مِنْ غَيْرِ إِتْلَافٍ ، فلم يَجْزِ ^(٢) الإِتْلَافُ ، كما لو كان فيها مالٌ غيره . وفارَقَ السَّاجَةَ فِي الْبِنَاءِ ؛ لأنه لا يُمَكِّنُ رَدُّهَا مِنْ غَيْرِ إِتْلَافٍ .

٢٣٠٢ - مسألة : (وإن غَضَبَ خَيْطًا ، فَخَاطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ ، وَخِيفَ عَلَيْهِ مِنْ قَلْعِهِ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَيَوَانُ مَا كُوِلًا لِلْغَاصِبِ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ رَدُّهُ وَيُذْبَحُ الْحَيَوَانُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) هذه المسألة

فائدة : حيث يَتَأَخَّرُ الْقَلْعُ ، فَلِلْمَالِكِ الْقِيَمَةُ ، ثم إذا أُمْكِنَ الرَّدُّ ، أَخَذَهُ مَعَ الْأَرْضِ ، إِنْ نَقَصَ ، وَاسْتَرَدَّ الْغَاصِبُ الْقِيَمَةَ [١٨٨/٢] كما لو أَبْقَى الْمَعْصُوبُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ : وَقَدْ شَمِلَهُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ الْآتِي ؛ حَيْثُ قَالَ : وَإِنْ غَضَبَ عَبْدًا ، فَأَبْقَى ، أَوْ فَرَسًا ، فَشَرَدَ ، أَوْ شَيْئًا تَعَذَّرَ رَدُّهُ مَعَ بَقَائِهِ ، ضَمِنَ قِيَمَتَهُ . وَلَوْ قِيلَ بِأَنَّهُ تَتَعَيَّنُ لَهُ الْأَجْرَةُ إِلَى أَنْ يَقْلَعَ ، لَكَانَ مُتَّجِهَاً .

قوله : وَإِنْ غَضَبَ خَيْطًا ، فَخَاطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ ، وَخِيفَ عَلَيْهِ مِنْ قَلْعِهِ ،

(١) سقط من : م .

(٢) بعده في تش ، م : « مع » .

لَا تَخْلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَخِيطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ لَا حُرْمَةَ لَهُ ؛ كَالْمُرْتَدِّ وَالْخَنْزِيرِ وَالْكَلْبِ الْعَقُورِ ، فَيَجِبُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا^(١) يَتَصَمَّنُ تَقْوِيَتِ ذِي حُرْمَةٍ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ خَاطَ بِهِ ثَوْبًا . الثَّانِي ، أَنْ يَخِيطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ مُحْتَرَمٍ لَا يَحِلُّ أَكْلُهُ ، كَالْأَدَمِيِّ ، فَإِنْ خِيفَ مِنْ نَزْعِهِ الْهَلَاكَ أَوْ إِبْطَاءَ بُرْئِهِ ، فَلَا يَجِبُ ؛ لِأَنَّ الْحَيَوَانَ أَكْذُ حُرْمَةٍ مِنْ عَيْنِ^(٢) الْمَالِ ، وَلِهَذَا جَازَ لَهُ اخْتِذُ مَالٍ غَيْرِهِ لِحِفْظِ حَيَاتِهِ ، وَإِتْلَافُ الْمَالِ لِتَبْقِيَّتِهِ ، وَهُوَ مَا يَأْكُلُهُ . وَكَذَلِكَ الدَّوَابُّ الَّتِي لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهَا ، كَالْبَعْلِ وَالْحِمَارِ الْأَهْلِيِّ .

الثَّالِثُ ، أَنْ يَخِيطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ مَأْكُولٍ ، فَإِنْ كَانَ مِلْكًا لغيرِ الْغَاصِبِ ، وَخِيفَ تَلَفُهُ بِقَلْبِهِ ، لَمْ يُقْلَعْ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بِصَاحِبِهِ ، وَلَا يُزَالُ الضَّرَرُ بِالضَّرَرِ ، وَلَا يَجِبُ إِتْلَافُ مَالٍ مَنْ لَمْ يَجْنِ صَيَانَةً لِمَالٍ آخَرَ ، وَإِنْ كَانَ لِلْغَاصِبِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : يَجِبُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ ذُبْحَ الْحَيَوَانِ وَالِانْتِفَاعَ بِلَحْمِهِ ، وَذَلِكَ جَائِزٌ ، وَإِنْ حَصَلَ فِيهِ نَقْصٌ عَلَى الْغَاصِبِ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَانِعٍ

فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَيَوَانُ مَأْكُولًا لِلْغَاصِبِ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ رَدُّهُ ، وَيُذْبَحُ الْحَيَوَانُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . إِذَا غَصَبَ خَيْطًا وَخَاطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يُخَافَ عَلَى الْحَيَوَانِ بِقَلْبِهِ ، أَوْ لَا ، فَإِنْ لَمْ يُخَفَ عَلَيْهِ بِقَلْبِهِ ، قُلِعَ . وَإِنْ خِيفَ عَلَيْهِ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَأْكُولًا أَوْ لَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَأْكُولًا ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُحْتَرَمًا ، أَوْ لَا ، فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُحْتَرَمٍ ؛ كَالْمُرْتَدِّ ، وَالْكَلْبِ الْعَقُورِ ، وَالْخَنْزِيرِ ، وَنَحْوِهَا ، فَلَهُ قَلْعُهُ مِنْهُ ، بِلاِ نِزَاعٍ . وَإِنْ كَانَ مُحْتَرَمًا ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا

(١) سقط من : تش ، م .

(٢) في تش ، م : « غير » .

الشرح الكبير من وجوب ردِّ المعصوب ، كنقض البناء . وقال أبو الخطاب : [٢٧٠/٤ ظ] فيه وجهان ؛ أحدهما ، هذا . والثاني ، لا يجب قلعه ؛ لأنَّ للحيوان حرمةً في نفسه ، وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير مأكلة^(١) . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين . قال شيخنا^(٢) : ويحتمل أن يفرق بين ما يُعدُّ للأكل من الحيوان ، كبهيمة الأنعام والدجاج ، وبين ما لا يُعدُّ له ، كالخيل ، وما يُقصدُ صوته من الطير ؛ فيجب ذبح الأول إذا توقَّف ردُّ الخيط عليه ، ولا يجب ذبح الثاني ؛ لأنه إتلاف له ، فجرى مجرى ما لا يؤكل لحمه . ومتى أمكن ردُّ الخيط من غير تلف الحيوان ، أو بعض أعضائه ، أو ضرر كثير ، وجب رده .

الإنصاف أن يكون آدمياً ، أو غيره ، فإن كان آدمياً ، لم يُقلع ، على الصحيح من المذهب ، إذا خيف عليه الضرر ، وتؤخذ قيمته . قدّمه في « الفروع » ، واختاره المصنّف ، والشارح ، والحارثي ، وغيرهم . وقيل : لا تؤخذ قيمته إلا إذا خيف تلفه ، ويُقلع كغيره من الحيوانات المحترمة ؛ فإنه لا بدّ فيها من خوف التلف على الصحيح . وفيه احتمال . وهذا القول ظاهر ما قطع به في « الفائق » ، و « المذهب » ، و « التلخيص » ، و « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوي الصغير » ؛ لأنهم قيّدوه بالتلف . وقدّمه في « الرعاية الكبرى » . وهو احتمال للقاضي ، وابن عقيل . وإن كان مأكولاً ، فلا يخلو ؛ إمّا أن يكون للغاصب ، أو لا ، فإن لم يكن للغاصب ،

(١) تقدم ترجمته في ٦١/١٠ .

(٢) في : المعنى ٤٠٨/٧ .

وَإِنْ مَاتَ الْحَيَوَانُ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ آدَمِيًّا .

الشرح الكبير

٢٣٠٣ - مسألة : (فَإِنْ مَاتَ الْحَيَوَانُ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ آدَمِيًّا) مَعْصُومًا ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْآدَمِيِّ لَا حُرْمَةَ لَهُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَحُرْمَةُ الْآدَمِيِّ بَاقِيَةٌ ؛ وَلِهَذَا قَالَ ، عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « كَسَرُ عَظْمِ الْمَيِّتِ كَكَسْرِهِ وَهُوَ حَيٌّ » ^(١) . فَعَلِيَ هَذَا يَرُدُّ قِيَمَتَهُ .

لم يُقْلَع . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » الْإِنْصَافِ وَغَيْرِهِمْ . وَإِنْ كَانَ لِلْغَاصِبِ ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْمُصَنِّفِ ، فَأُطْلِقَ الْوَجْهَيْنِ ، وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « ابْنِ مُنْجَى » ؛ أَحَدُهُمَا ، يُذْبَحُ ، وَيَلْزَمُهُ رَدُّهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . قَالَهُ الْحَارِثِيُّ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يُذْبَحُ ، وَتُرَدُّ قِيَمَتُهُ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَفِيهِ وَجْهٌ ثَالِثٌ ، إِنْ كَانَ مُعَدًّا لِلْأَكْلِ ؛ كَبَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ ، وَالْدَّجَاجِ ، وَنَحْوِهِ ، ذُبِحَ ، وَرَدُّهُ ، وَإِلَّا فَلَا . وَهُوَ اخْتِمَالُ الْمُصَنِّفِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ حَسَنٌ . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » .

قوله : وَإِنْ مَاتَ الْحَيَوَانُ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ آدَمِيًّا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : يَلْزَمُهُ رَدُّهُ بِمَوْتِ الْآدَمِيِّ . قَالَ ابْنُ شَهَابٍ :

(١) تقدم تخريجه في ٢٧٠/٦ .

فصل: إذا غَصَبَ أَرْضًا ، فحُكِّمَهَا فِي جَوَازِ دُخُولِ غَيْرِهِ إِلَيْهَا حُكْمُهَا قَبْلَ الْغَضَبِ . فَإِنْ كَانَتْ مُحَوَّطَةً ، كَالدَّارِ وَالْبُسْتَانِ الْمُحَوَّطِ عَلَيْهِ ، لَمْ يَجْزُ دُخُولُهَا لِغَيْرِ مَالِكِهَا إِلَّا بِإِذْنِهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ مَالِكِهَا لَمْ يَزُلْ عَنْهَا ، فَلَمْ يَجْزُ دُخُولُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِ . قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي الضَّيْعَةِ تَصِيرُ غَيْضَةً^(١) فِيهَا سَمَكٌ : لَا يَصِيدُ فِيهَا أَحَدٌ إِلَّا بِإِذْنِهِمْ . وَإِنْ كَانَتْ صَحْرَاءَ ، جَازَ الدُّخُولُ فِيهَا وَرَعَى حَشِيشَهَا . قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ : لَا بَأْسَ بِرَعَى الْكَلَاءِ فِي الْأَرْضِ الْمَغْصُوبَةِ . وَذَلِكَ لِأَنَّ الْكَلَاءَ لَا يُمْلِكُ بِلَيْكِ الْأَرْضِ . وَيَتَخَرَّجُ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الصُّورَتَيْنِ مِثْلُ حُكْمِ الْأُخْرَى ، قِيَاسًا لَهَا عَلَيْهَا . وَنَقَلَ عَنْهُ الْمَرْوُذِيُّ ، فِي دَارِ طَوَائِقِهَا غَضَبٌ : لَا يَدْخُلُ عَلَى وَالِدَيْهِ ؛ لِأَنَّ دُخُولَهُ عَلَيْهِمَا تَصَرُّفٌ فِي الطَّوَائِقِ الْمَغْصُوبَةِ .

الإنصاف الحيوان أكثر حرمة من بقيّة المال ، ولهذا لا يجوز منعه مائه منه ،^(٢) وله قتله دفعًا عن ماله ، قيل^(٣) : لا عن نفسه .

فوائد ؛ الأولى ، لو غَصَبَ جَوْهَرَةً ، فَابْتَلَعَهَا بِهَيْمَةٍ ، فَقَالَ الْأَصْحَابُ : حُكْمُهَا حُكْمُ الْخَيْطِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ : إِنْ كَانَتْ مَأْكُولَةً ، ذُبِحَتْ عَلَى الْأَشْهَرِ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمَغْنَى »^(٣) : وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْجَوْهَرَةَ مَتَى كَانَتْ أَكْثَرَ قِيَمَةٍ مِنَ الْحَيَوَانِ ، ذُبِحَ الْحَيَوَانُ ، وَرُدَّتْ إِلَى مَالِكِهَا ،

(١) الغيضة : ماء يجتمع فينبت فيه الشجر .

(٢-٢) في النسخ : « ولو قتله دفعًا عن ماله قتل » ، والمثبت من الفروع ٤/٤٩٨ .

(٣) انظر : المغنى ٧/٤٠٩ .

الشرح الكبير

وَنَقَلَ عَنْهُ الْفَضْلُ بْنُ عَبْدِ الصَّمَدِ^(١) ، فِي رَجُلٍ لَهُ إِخْوَةٌ فِي أَرْضٍ غَضِبَ : يَزُورُهُمْ وَيُرَاوِدُهُمْ عَلَى الْخُرُوجِ [٢٧١/٤] فَإِنْ أَجَابُوهُ وَإِلَّا لَمْ يُقِمْ مَعَهُمْ ، وَلَا يَدْعُ زِيَارَتَهُمْ . يَعْنِي يَزُورُهُمْ ؛ يَأْتِي بَابَ دَارِهِمْ ، وَيَتَعَرَّفُ أَهْلَ بَارِهِمْ ، وَيُسَلِّمُ عَلَيْهِمْ ، وَيُكَلِّمُهُمْ ، وَلَا يَدْخُلُ إِلَيْهِمْ . وَنَقَلَ الْمَرْوُذِيُّ عَنْهُ : أَكْرَهُ الْمَشْيَ عَلَى الْعَبَّارَةِ الَّتِي يَجْرِي فِيهَا الْمَاءُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَبَّارَةَ وَضِعَتْ لِعُبُورِ الْمَاءِ لَا لِلْمَشْيِ عَلَيْهَا ، «وَرُبَّمَا أَضَرَّ بِهَا الْمَشْيُ عَلَيْهَا» . قَالَ أَحْمَدُ : لَا يَدْفِنُ فِي الْأَرْضِ الْمَغْصُوبَةِ ؛ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي أَرْضِهِمْ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ . وَقَالَ أَحْمَدُ فِي مَنْ ابْتِاعَ طَعَامًا مِنْ مَوْضِعٍ غَضِبَ ثُمَّ عَلِمَ : رَجَعَ إِلَى الْمَوْضِعِ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْهُ فَرَدَّهُ . وَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : يَطْرَحُهُ . يَعْنِي عَلَى مَنْ ابْتِاعَهُ مِنْهُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ قُعُودَهُ فِيهِ حَرَامٌ مِنْهُيَّ

الإنصاف

وَضَمَانُ الْحَيَوَانِ عَلَى الْغَاصِبِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ آدَمِيًّا . الثَّانِيَةُ ، لَوْ ابْتَلَعَتْ شَاةُ رَجُلٍ جَوْهَرَةً آخَرَ ، غَيْرَ مَغْصُوبَةٍ ، وَتَوَقَّفَ الْإِخْرَاجُ عَلَى الذَّبْحِ ، ذُبِحَتْ ، بِقَيْدِ كَوْنِ الذَّبْحِ أَقْلٌ ضَرَرًا . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَمَنْ تَابَعَهُمَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَاخْتِيَارُ الْأَصْحَابِ ، عَدَمُ الْقَيْدِ ، وَعَلَى مَالِكِ الْجَوْهَرَةَ ضَمَانُ نَقْصِ الذَّبْحِ ، إِلَّا أَنْ يُفَرِّطَ مَالِكُ الشَّاةِ بِكَوْنِ يَدِهِ عَلَيْهَا ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِتَفْرِيطِهِ . الثَّالِثَةُ ، لَوْ أَدْخَلَتْ الشَّاةُ رَأْسَهَا فِي قُمْقَمٍ ، وَنَحْوِهِ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ إِخْرَاجَهُ إِلَّا بِذَبْحِهَا أَوْ كَسْرِهِ ، فَهِيَ حَالَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنْ تَكُونَ مَأْكُولَةً . فَلِلْأَصْحَابِ فِيهَا طَرِيقَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، وَهُوَ

(١) أَبُو بَحْيٍ الْفَضْلُ بْنُ عَبْدِ الصَّمَدِ الْأَصْفَهَانِي ، رَجُلٌ جَلِيلٌ ، عَنْدهُ جُزْءٌ مِنْ مَسَائِلِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، لَزِمَ طَرَسُوسَ ، وَمَاتَ فِي الْأَسْرِ بَعْدَ سِتَّةِ إِحْدَى وَسَبْعِينَ وَمِائَتَيْنِ . طَبَقَاتُ الْخَنَابِلَةِ ١/٢٥٤ .
(٢-٢) سَقَطَ مِنْ : تَش ، م .

عنه ، فكان البيع فيه مُحَرَّمًا ، ولأنَّ الشراءَ مِمَّنْ يَقْعُدُ فِي الْمَوْضِعِ الْمُحَرَّمِ يَحْمِلُهُمْ عَلَى الْقُعُودِ والبيع فيه ، وتركُ الشراءِ منهم يَمْنَعُهُمُ الْقُعُودَ .
وقال : لا يَتَنَاعُ مِنَ الْخَانَاتِ الَّتِي فِي الطُّرُقِ ، إِلَّا أَنْ لَا يَجِدَ غَيْرَهُ ، كَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُضْطَرِّ . وقال فِي السُّلْطَانِ إِذَا بَنَى دَارًا ، وَجَمَعَ النَّاسَ إِلَيْهَا : أَكْرَهُ الشُّرَاءَ مِنْهَا . قال شيخنا^(١) : وهذا على سَبِيلِ الْوَرَعِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِعَانَةِ عَلَى فِعْلِ الْمُحَرَّمِ ، وَالظَّاهِرُ صِحَّةُ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا صَحَّتِ الصَّلَاةُ فِي الدَّارِ الْمَغْصُوبَةِ فِي رِوَايَةٍ ، وَهِيَ عِبَادَةٌ ، فَمَا لَيْسَ بِعِبَادَةٍ أَوْلَى . وقال فِي مَنْ غَضِبَ ضَيْعَةً ، وَغَضِبَتْ مِنَ الْغَاصِبِ ، وَأَرَادَ الثَّانِي رَدَّهَا : جَمَعَ بَيْنَهُمَا . يَعْنِي بَيْنَ مَالِكِهَا وَالْغَاصِبِ الْأَوَّلِ . وَإِنْ

قَوْلُ الْأَكْثَرِينَ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، إِنْ كَانَ لَا بَتْفَرِيطَ مِنْ أَحَدٍ ، كُسِرَ الْقِدْرُ ، وَوَجِبَ الْأَرْشُ عَلَى مَالِكِ الْبَهِيمَةِ . وَإِنْ كَانَ بَتْفَرِيطَ مَالِكِهَا ، بَأَنْ أَدْخَلَ رَأْسَهَا يَدَهُ ، أَوْ كَانَتْ يَدُهُ عَلَيْهَا ، وَنَحْوُهُ ، ذُبِحَتْ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ . وَحَكَى غَيْرُ وَاحِدٍ وَجْهًا بَعْدَ الذَّبْحِ ، فَيَجِبُ الْكَسْرُ وَالضَّمَانُ . وَإِنْ كَانَتْ بَتْفَرِيطَ مَالِكِ الْقِدْرِ ، بَأَنْ أَدْخَلَهُ يَدَهُ ، أَوْ أَلْقَاهَا فِي الطَّرِيقِ ، كُسِرَتْ ، وَلَا أَرْشَ . قَالَ ذَلِكَ الْحَارِثِيُّ . الطَّرِيقُ الثَّانِي ، وَهُوَ مَا قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، اِغْتِبَارُ أَقْلٍ الضَّرَرَيْنِ ، إِنْ كَانَ الْكَسْرُ هُوَ الْأَقْلُ ، تَعَيَّنَ ، وَإِلَّا ذُبِحَ ، وَالْعَكْسُ كَذَلِكَ . ثُمَّ التَّفَرِيطُ مِنْ أَيْهَمَا حَصَلَ ، كَانَ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَالضَّمَانُ عَلَى مَالِكِ الْبَهِيمَةِ ، إِنْ كَسَرَ الْقِدْرَ . وَإِنْ ذُبِحَتِ الْبَهِيمَةُ ، فَالضَّمَانُ عَلَى

(١) فِي : الْمَعْنَى ٣٨١/٧ .

مَاتَ بَعْضُهُمْ ، جَمَعَ وَرَثَتَهُ . إِنَّمَا قَالَ هَذَا اخْتِيَاظًا ، خَوْفَ التَّبَعَةِ مِنْ الغَاصِبِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا طَالَبَ بِهَا فَادَّعَاهَا مِلْكًا بِالْيَدِ ، وَإِلَّا فَالْوَاجِبُ

صَاحِبِ الْقَدْرِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى تَرْكِ الْحَالِ عَلَى مَا هُوَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَجُزْ . وَلَوْ قَالَ مَنْ عَلَيْهِ الضَّمَانُ : أَنَا أَتْلِفُ مَالِي ، وَلَا أُغْرِمُ شَيْئًا لِلْآخِرِ . كَانَ لَهُ ذَلِكَ . [١٨٨/٢ ظ]
الْحَالَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنْ تَكُونَ غَيْرَ مَأْكُولَةٍ ، فَتُكْسَرُ الْقَدْرُ ، وَلَا تُقْتَلُ الْبَهِيمَةُ بِحَالٍ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : قَالَ الْأَصْحَابُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : قَالَه الْأَكْثَرُونَ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَعَلَى هَذَا ، لَوْ اتَّفَقَا عَلَى الْقَتْلِ ، لَمْ يُمَكَّنَا . وَقِيلَ : حُكْمُهُ حُكْمُ الْمَأْكُولِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . وَفِيهِ وَجْهٌ ثَالِثٌ ، أَنَّهُ يُقْتَلُ إِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ مِنْ مَالِكِهَا ، أَوْ الْقَتْلُ أَقْلُ ضَرَرًا . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَظَاهِرُ الْحَارِثِيِّ الْإِطْلَاقُ . الرَّابِعَةُ ، لَوْ سَقَطَ دِينَارٌ ، أَوْ دِرْهَمٌ ، أَوْ أَقْلٌ أَوْ أَكْثَرُ ، فِي مَخْبَرَةِ الْغَيْرِ ، وَعُسِّرَ إِخْرَاجُهُ ، فَإِنْ كَانَ بِفِعْلِ مَالِكِ الْمَخْبَرَةِ ، كُسِرَتْ مَجَانًا مُطْلَقًا ، وَإِنْ كَانَ بِفِعْلِ مَالِكِ الدِّينَارِ ، فَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : يُخَيَّرُ بَيْنَ تَرْكِهِ فِيهَا وَبَيْنَ كَسْرِهَا ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا . وَعَلَى هَذَا ، لَوْ بَدَلَ مَالِكُ الْمَخْبَرَةِ لِمَالِكِ الدِّينَارِ مِثْلَ دِينَارِهِ ، فَقِيلَ : يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ . اخْتَارَهُ صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » فِيهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ فِي إِجْبَارِ مَالِكِ الْمَخْبَرَةِ عَلَى الْكُسْرِ ابْتِدَاءً ، وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا : لَا يُجْبَرُ . قَالَا : وَعَلَيْهِ نَقْصُ الْمَخْبَرَةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَيَجِبُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، أَنْ يُقَالَ بِوُجُوبِ بَدْلِ الدِّينَارِ . انْتَهَى . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُجْبَرُ ، وَعَلَى مَالِكِ الدِّينَارِ ضَمَانُ الْقِيَمَةِ . وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا الْوَجْهُ هُوَ حَاصِلُ مَا قَالَ الْقَاضِي ،

رَدُّهَا عَلَى مَالِكِهَا . وَقَدْ صَرَّحَ بِهَذَا فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ ، فِي رَجُلٍ اسْتَوْدَعَ
رَجُلًا أَلْفًا ، فَجَاءَ رَجُلٌ إِلَى الْمُسْتَوْدِعِ ، فَقَالَ : إِنَّ فُلَانًا غَصَبَنِي أَلْفَ

وَابْنُ عَقِيلٍ مِنَ التَّخْيِيرِ بَيْنَ التَّرْكِ وَالْكَسْرِ . وَكَيْفَمَا كَانَ ، لَوْ بَادَرَ وَكَسَرَ غَدَوَانًا ،
لَمْ يَلْزَمْهُ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهَا ، وَجَهًا وَاحِدًا . وَإِنْ كَانَ السَّقُوطُ لَا يَفْعَلُ أَحَدٌ ، بِأَنْ
سَقَطَ مِنْ مَكَانٍ ، أَوْ أَلْقَاهُ طَائِرٌ ، أَوْ هَرٌّ ، وَجَبَ الْكَسْرُ ، وَعَلَى رَبِّ الدِّينَارِ
الْأَرْضُ . فَإِنْ كَانَتِ الْمَحْبَرَةُ ثَمِينَةً ، وَامْتَنَعَ رَبُّ الدِّينَارِ مِنْ ضَمَانِهَا فِي مُقَابَلَةِ
الدِّينَارِ ، فَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : قِيَاسُ قَوْلِ أَصْحَابِنَا أَنْ يُقَالَ لَهُ : إِنْ شِئْتَ أَنْ تَأْخُذَ ،
فَاغْرَمَ ، وَإِلَّا فَاتْرُكْ ، وَلَا شَيْءَ لَكَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالْأَقْرَبُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ،
سُقُوطُ حَقِّهِ مِنَ الْكَسْرِ هُنَا ، وَيَضْطَلِحَانِ عَلَيْهِ . وَلَوْ غَصَبَ الدِّينَارَ وَالْقَاهُ فِي
مَحْبَرَةٍ آخَرَ ، أَوْ سَقَطَ فِيهَا بِغَيْرِ فِعْلِهِ ، فَالْكَسْرُ مُتَعَيَّنٌ ، وَعَلَى الْغَاصِبِ ضَمَانُهَا ،
إِلَّا أَنْ يَزِيدَ ضَرَرُ الْكَسْرِ عَلَى التَّبَقُّعَةِ فَيَسْقُطَ ، وَيَجِبُ عَلَى الْغَاصِبِ ضَمَانُ الدِّينَارِ .
ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَتَابَعَهُمَا الْحَارِثِيُّ . الْخَامِسَةُ ، لَوْ حَصَلَ مُهَرٌّ أَوْ
فَصِيلٌ فِي دَارِهِ لآخر ، وَتَعَذَّرَ إِخْرَاجُهُ بِدُونِ نَقْضِ الْبَابِ ، وَجَبَ النَّقْضُ . ثُمَّ إِنْ
كَانَ عَنْ تَقْرِيطِ مَالِكِ الدَّارِ ؛ بِأَنْ غَصَبَهُ وَأَدْخَلَهُ ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ كَانَ لَا عَنْ
تَقْرِيطٍ مِنْ أَحَدٍ ، فَضَمَانُ النَّقْضِ عَلَى مَالِكِ الْحَيَوَانِ . وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ احْتِمَالًا
بِاعْتِبَارِ أَقْلِ الضَّرَرَيْنِ ؛ فَإِنْ كَانَ النَّقْضُ أَقْلًا ، فَكَمَا قُلْنَا ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ ، ذُبِحَ .
قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا أَوْلَى . وَعَلَى هَذَا ، إِنْ كَانَ الْحَيَوَانُ غَيْرَ مَأْكُولٍ ، تَعَيَّنَ
النَّقْضُ ، وَإِنْ كَانَ عَنْ تَقْرِيطِ مَالِكِ الْحَيَوَانِ ، لَمْ يَنْقُضْ ، وَذُبِحَ ، وَإِنْ زَادَ ضَرَرُهُ .
حَكَاهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَذَكَرَ صَاحِبُ « التَّلْخِيسِ » ، وَجُوبَ النَّقْضِ وَغَرَمَ
الْأَرْضِ . وَكَلَامُ ابْنِ عَقِيلٍ نَحْوُهُ أَوْ قَرِيبٌ مِنْهُ . قَالَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ : الْأَوَّلُ
الصَّحِيحُ . وَإِنْ كَانَ الْمَغْضُوبُ خَشْبَةً ، فَأَدْخَلَهَا الدَّارَ ، فَهِيَ كَمَسْأَلَةِ الْفَصِيلِ ؛

فَصْلٌ : وَإِنْ زَادَ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ بِزِيَادَتِهِ ، سَوَاءً كَانَتْ مُتَّصِلَةً ؛ ^{المقنع} كَالسَّمَنِ وَتَعَلَّمَ صَنْعَةً ، أَوْ مُتَّفَصِلَةً ؛ كَالْوَلَدِ وَالْكَسْبِ .
وَلَوْ غَضِبَ [١٣٨] جَارِحًا فَصَادَ بِهِ ، أَوْ شَبَكَةً أَوْ شَرَكًا فَأَمْسَكَ شَيْئًا ، أَوْ فَرَسًا فَصَادَ عَلَيْهِ أَوْ غَنِمَ ، فَهُوَ لِمَالِكِهِ .

الذى اسْتَوْدَعَكَهُ . وَصَحَّ ذَلِكَ عِنْدَ الْمُسْتَوْدَعِ . فَإِنْ لَمْ يَخَفِ التَّبِعَةَ ، ^{الشرح الكبير} وهو أَنْ يَرْجِعُوا بِهِ [٢٧١/٤ ط] عَلَيْهِ ، دَفَعَهُ إِلَيْهِ .

«فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه : (وإن زاد ، لزمه رده بزِيَادَتِهِ ، سواء كانت مُتَّصِلَةً ؛ كَالسَّمَنِ وَتَعَلَّمَ صَنْعَةً ، أَوْ مُتَّفَصِلَةً ؛ كَالْوَلَدِ وَالْكَسْبِ) لَأَنَّهُ مِنْ نَمَاءِ الْمَغْضُوبِ ، وهو لِمَالِكِهِ ، فَلَزِمَ رَدُّهُ ، كَالْأَصْلِ » .

٢٣٠٤ - مسألة : (وإن غَضِبَ جَارِحًا فَصَادَ بِهِ أَوْ شَبَكَةً أَوْ شَرَكًا فَأَمْسَكَ شَيْئًا ، أَوْ فَرَسًا فَصَادَ عَلَيْهِ أَوْ غَنِمَ ، فهو لِمَالِكِهِ) كما لو غَضِبَ

يَنْقُضُ الْبَابَ لِإِخْرَاجِهَا . السَّادِسَةُ ، لو بَاعَ دَارًا وَفِيهَا مَا يَغْسُرُ إِخْرَاجُهُ ، فقال ^{الإنصاف} الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرُهُمْ : يَنْقُضُ الْبَابَ ، وَعَلَيْهِ ضَمَانُ النَّقْضِ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ : يُعْتَبَرُ أَقْلُ الضَّرَرَيْنِ ؛ إِنْ زَادَ بَقَاؤُهُ فِي الدَّارِ ، أَوْ تَفَكُّيْكُهُ ، إِنْ كَانَ مُرَكَّبًا ، أَوْ ذَبْحُهُ ، إِنْ كَانَ حَيَوَانًا عَلَى النَّقْضِ ، نَقِضَ مَعَ الْأَرْضِ ، وَإِنْ كَانَ بِالْعَكْسِ ، فَلَا نَقْضَ لِعَدَمِ فَائِدَتِهِ . قَالَ : وَيَضْطَلِّحَانِ ؛ إِمَّا بِأَنْ يَشْتَرِيهِ مُشْتَرِي الدَّارِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ . انتهى .

قوله : ولو غَضِبَ جَارِحًا ، فَصَادَ بِهِ ، أَوْ شَبَكَةً ، أَوْ شَرَكًا ، فَأَمْسَكَ شَيْئًا ،

عَبْدًا ، فَصَادَ ، فَإِنَّ الصَّيْدَ لَسَيِّدُ الْعَبْدِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لِلْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّ الصَّائِدَ وَالْجَارِحَةَ آلَةً ، وَلِهَذَا اكْتَفَى بِتَسْمِيَّتِهِ عِنْدَ إِرسَالِ الْجَارِحِ . وفيما إِذَا غَضِبَ فَرَسًا أَوْ سَهْمًا أَوْ شَبَكَةً فَصَادَ بِهِ وَجْهَ آخَرٍ ، أَنَّهُ لِلْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّ الصَّيْدَ حَصَلَ بِفِعْلِهِ ، وَهَذِهِ آلَاتٌ ، فَأَشَبَهُ مَا لَوْ ذَبَحَ بِسِكِّينٍ غَيْرِهِ . فَإِنْ قُلْنَا : هُوَ لِلْغَاصِبِ . فَعَلِيهِ أَجْرَةُ ذَلِكَ كُلُّهُ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي يَدِهِ إِنْ كَانَ لَهُ أَجْرٌ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ لِلْمَالِكِ . لَمْ يَكُنْ لَهُ أَجْرٌ فِي مُدَّةِ اضْطِيادِهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ عَادَتْ إِلَى الْمَالِكِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ

أَوْ فَرَسًا ، فَصَادَ عَلَيْهِ ، أَوْ غَنَمَ ، فَهُوَ لِلْمَالِكِ . إِذَا غَضِبَ جَارِحًا ، فَصَادَ بِهِ ، أَوْ فَرَسًا ، فَصَادَ عَلَيْهِ ، فَالصَّيْدُ لِلْمَالِكِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » : فَلَرَبَّهُ فِي الْأَظْهَرِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي ، الصَّيْدِ فِي « الْفَائِقِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ » فِي غَيْرِ الْكَلْبِ . وَقِيلَ : هُوَ لِلْغَاصِبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْمُعْنَى » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ قَوِيٌّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » ، فِي صَيْدِ الْكَلْبِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ » فِي الْكَلْبِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يَتَوَجَّهُ فِيمَا إِذَا غَضِبَ فَرَسًا ، وَكَسَبَ عَلَيْهِ مَالًا ، أَنْ يُجْعَلَ الْكَسْبُ بَيْنَ الْغَاصِبِ وَمَالِكِ الدَّابَّةِ عَلَى قَدَرِ نَفْعِهِمَا ، بِأَنْ تُقَوِّمَ مَنَفَعَةُ الرَّكَّابِ وَمَنَفَعَةُ الْفَرَسِ ، ثُمَّ يُقَسِّمَ الصَّيْدَ بَيْنَهُمَا . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي الشَّرِكَةِ [١٨٩/٢] الْفَاسِدَةِ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، هَلْ يَلْزَمُ الْغَاصِبَ أَجْرَةُ مُدَّةِ اضْطِيادِهِ ، أَمْ لَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، « وَالرُّعَايَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَلْزَمُهُ . قَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ : هُوَ الصَّحِيحُ . قَالَ

الشرح الكبير

عَوَضَهَا عَلَى غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ زَرَعَ أَرْضَ إِنْسَانٍ فَأَخَذَ الْمَالِكُ الزَّرْعَ بِنَفَقَتِهِ .
والثاني ، عليه أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَهُ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَصِدْ . وَلَوْ
غَضِبَ عَبْدًا ، فَصَادَ أَوْ كَسَبَ ، فَالْكَسْبُ لِلسَّيِّدِ . وَفِي وُجُوبِ أُجْرَةِ
العَبْدِ عَلَى الْغَاصِبِ فِي مُدَّةِ كَسْبِهِ وَصَيْدِهِ الْوَجْهَانِ . وَإِنْ غَضِبَ مِنْجَلًا ،
فَقَطَعَ بِهِ خَشَبًا أَوْ حَشِيشًا ، فَهُوَ لِلْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ آلَةٌ ، فَهُوَ كَالْحَبْلِ
يُرَبِّطُ بِهِ .

فِي « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » : وَلَا أُجْرَةَ لِرَبِّهِ مُدَّةَ اضْطِيَادِهِ ، فِي الْأَظْهَرِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ،
يَلْزَمُهُ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ صَاحِبِ « التَّلْخِصِ » ، فِي صَيْدِ الْعَبْدِ ، عَلَى مَا يَأْتِي
قَرِيبًا . وَأَمَّا سَهْمُ الْفَرَسِ الْمَغْضُوبَةِ ، فَقَدْ تَقَدَّمَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ أَيْضًا ، فِي بَابِ
قِسْمَةِ الْغَنِيمَةِ ، فِي قَوْلِهِ : وَمَنْ غَضِبَ فَرَسًا ، فَقَاتَلَ عَلَيْهِ ، فَسَهْمُهُ لِلْمَالِكِ .
وَذَكَرْنَا الْخِلَافَ فِيهِ هُنَاكَ . وَأَمَّا إِذَا غَضِبَ شَبَكَةً ، أَوْ شَرَكًا ، فَصَادَ بِهِ ، فَجَزَمَ
الْمُصَنِّفُ هُنَا ، أَنَّهُ لِلْمَالِكِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ عَامَّةُ
الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ ابْنُ مُنَجَّى فِي « شَرْحِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » . وَالْوَجْهُ
الثَّانِي ، يَكُونُ لِلْغَاصِبِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، بَعْدَ أَنْ
ذَكَرَ صَيْدَ الْكَلْبِ ، وَالْقَوْسِ : وَقِيلَ : وَكَذَا أُخْبُولَةٌ . وَجَزَمَ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ فِي
كُتُبِ الْخِلَافِ ، قَالُوا : عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ : رُبْحُ الدَّرَاهِمِ لِلْمَالِكِهَا .

فَائِدَةٌ : صَيْدُ الْعَبْدِ الْمَغْضُوبِ ، وَسَائِرُ أَكْسَابِهِ لِلسَّيِّدِ ، بِلَا نِزَاعٍ . وَفِي لُزُومِ
أُجْرَتِهِ مُدَّةَ اضْطِيَادِهِ وَعَمَلِهِ ، الْوَجْهَانِ الْمُتَقَدِّمَانِ فِي الْجَارِحَةِ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » :
وَلَا تَدْخُلُ أُجْرَتُهُ تَحْتَهُ ، إِذَا قُلْنَا بِضَمَانِ الْمَنَافِعِ .

وَإِنْ غَضِبَ ثَوْبًا فَقَصَرَهُ ، أَوْ غَزَلَ فَنَسَجَهُ ، أَوْ فِضَّةً أَوْ حَدِيدًا
فَضْرَبَهُ ، أَوْ خَشَبًا فَنَجَرَهُ ، أَوْ شَاةً فَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا ، رَدَّ ذَلِكَ
بِزِيَادَتِهِ وَأَرَشَ نَقْصِهِ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ .

٢٣٠٥ - مسألة : (وَإِنْ غَضِبَ ثَوْبًا فَقَصَرَهُ ، أَوْ غَزَلَ فَنَسَجَهُ ،
أَوْ فِضَّةً أَوْ حَدِيدًا فَضْرَبَهُ ، أَوْ خَشَبًا فَنَجَرَهُ ، أَوْ شَاةً فَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا ،
رَدَّ ذَلِكَ بِزِيَادَتِهِ وَأَرَشَ نَقْصِهِ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ) « إِذَا غَضِبَ حِنْطَةً
فَطَحَنَهَا ، أَوْ شَاةً فَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا ، أَوْ حَدِيدًا فَعَمِلَهُ إِبْرًا أَوْ أَوَانِي ، أَوْ
خَشَبَةً فَنَجَرَهَا بَابًا ، أَوْ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ وَخَاطَهُ ، لَمْ يَزُلْ مِلْكُ صَاحِبِهِ عَنْهُ ،
وَيَأْخُذُهُ وَأَرَشَ نَقْصِهِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِي زِيَادَتِهِ » . هذا [٢٧٢/٤ و]
ظاهرُ المذهب . وهو قولُ الشافعي . وقال أبو حنيفة في هذه المسائل :
يَنْقَطِعُ حَقُّ صَاحِبِهَا عَنْهَا ، إِلَّا أَنْ الْغَاصِبَ لَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا إِلَّا
بِالصَّدَقَةِ ، إِلَّا أَنْ يَدْفَعَ قِيمَتَهَا فَيَمْلِكَهَا وَيَتَصَرَّفَ فِيهَا كَيْفَ شَاءَ . وَرَوَى

قوله : وَإِنْ غَضِبَ ثَوْبًا فَقَصَرَهُ ، أَوْ غَزَلَ فَنَسَجَهُ ، أَوْ فِضَّةً ، أَوْ حَدِيدًا
فَضْرَبَهُ - إِبْرًا أَوْ أَوَانِي - أَوْ خَشَبًا ، فَنَجَرَهُ بَابًا ، وَنَحْوَهُ ، أَوْ شَاةً فَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا ،
رَدَّ ذَلِكَ بِزِيَادَتِهِ ، وَأَرَشَ نَقْصِهِ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ . وَكَذَلِكَ الْغَضَبُ طِينًا ، فَضْرَبَهُ لَبَنًا ،
أَوْ جَعَلَهُ فَخَّارًا ، أَوْ حَبًّا ، فَطَحَنَهُ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ . ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، مَا يُغَيِّرُ
الْمَغْضُوبَ عَنْ صِفَتِهِ ، وَيُنْقِلُهُ إِلَى اسْمٍ آخَرَ ، كَمَا مَثَلٌ ، وَنَحْوَهُ ، فَقِي هَذَا يَكُونُ
الْحُكْمُ كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ،
وَصَاحِبُ « الْفَاتِي » : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . قَالَ ابْنُ مُنَجِّجٍ فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا

الشرح الكبير

محمد بن الحَكَم عن أحمد ، ما يدلُّ على أنَّ الغاصِبَ يَمْلِكُهَا بِالْقِيَمَةِ ، إِلَّا أَنَّهُ قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ ، فَإِنَّ مُحَمَّدًا مَاتَ قَبْلَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ بَنَحُو مِنْ عِشْرِينَ سَنَةً . وَاجْتَنَبُوا بِمَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ زَارَ قَوْمًا مِنَ الْأَنْصَارِ فِي دَارِهِمْ ، فَقَدَّمُوا إِلَيْهِ شَاةً مَشْوِيَّةً ، فَتَنَاولَ مِنْهَا لُقْمَةً ، فَجَعَلَ يَلُوكُهَا وَلَا يَسِيغُهَا ، فَقَالَ : « إِنَّ هَذِهِ الشَّاةَ لَتُخْبِرُنِي أَنَّهَا أُخِذَتْ بِغَيْرِ حَقٍّ » . فَقَالُوا : نَعَمْ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، طَلَبْنَا فِي السُّوقِ فَلَمْ نَجِدْ ، فَأَخَذْنَا شَاةً لِبَعْضِ جِيرَانِنَا ، وَنَحْنُ نُرْضِيهِمْ مِنْ ثَمَنِهَا . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَطْعَمُوهَا الْأَسْرَى » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١) بَنَحُو مِنْ هَذَا . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ حَقَّ أَصْحَابِهَا انْقَطَعَ عَنْهَا ، وَلَوْ لَا ذَلِكَ لَأَمَرَ بِرَدِّهَا عَلَيْهِمْ . وَلَنَا ، أَنَّ عَيْنَ ^(٢) مَالِ الْمَغْضُوبِ مِنْهُ قَائِمَةٌ ، فَلَزِمَ رَدُّهَا إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ ذَبَحَ الشَّاةَ وَلَمْ يَشْوِهَا ، وَلَأنَّهُ لَوْ فَعَلَهُ بِمِلْكِهِ لَمْ يَزُلْ عَنْهُ ، فَكَذَلِكَ إِذَا فَعَلَهُ بِمِلْكٍ غَيْرِهِ ، كَذَبَحَ

الإنصاف

المذهب . قَالَ الْحَارِثِيُّ : اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالْأَكْثَرُونَ مِنْ أَهْلِ الْمَذْهَبِ ؛ مِنْهُمْ ، الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَأَبُو عَلِيٍّ ابْنُ شِهَابٍ ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » . قَالَ : وَهُوَ الْمُخْتَارُ . قَالَ فِي « التَّلْخِيصِ » : هَذَا الصَّحِيحُ عِنْدِي . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » وَغَيْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ« الْمُنَوَّرِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَائِقِ » . وَعَنْهُ ، يَكُونُ شَرِيكًا بِالزِّيَادَةِ . اخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، قَالَ فِي « الْفَائِقِ » . قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » :

(١) فِي : بَابِ فِي اجْتِنَابِ الشَّهَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢١٩/٢ .

كَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٩٣/٥ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

المقنع وَعَنْهُ ، يَكُونُ شَرِيكًا بِالزِّيَادَةِ .

الشرح الكبير

الشَّاةُ ، وَضَرَبَ الثُّقْرَةَ دَرَاهِمَ . وَلَأنَّهُ لَا يُزِيلُ الْمَلِكُ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ فِعْلٍ
أَدْمِيٍّ ، فَلَمْ يُزَلْهُ إِذَا فَعَلَهُ أَدْمِيٍّ ، كَالَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَأَمَّا الْخَبْرُ فَلَيْسَ
بِمَعْرُوفٍ كَمَا رَوَوْهُ ، « وَلَيْسَ » فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ : وَنَحْنُ نَرْضِيهِمْ
عَنْهَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ بِعَمَلِهِ ، سَوَاءٌ زَادَتْ الْعَيْنُ أَوْ
لَمْ تَزِدْ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . (وَعَنْهُ ، يَكُونُ شَرِيكًا بِالزِّيَادَةِ) ذَكَرَهَا
أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّهَا حَصَلَتْ بِمَنَافِعِهِ ، وَالْمَنَافِعُ أُجْرِيَتْ مُجْرَى الْأَعْيَانِ ،
فَأُشْبِهَ مَا لَوْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ،
وَالْقَاضِي ؛ لِأَنَّ الْغَاصِبَ عَمِلَ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ لَذَلِكَ
عَوَضًا ، كَمَا لَوْ أَعْلَى زَيْتًا فَزَادَتْ قِيمَتُهُ ، أَوْ بَنَى حَائِطًا لْغَيْرِهِ ، أَوْ زَرَعَ حِنْطَةً
إِنْسَانٍ فِي أَرْضِهِ . فَأَمَّا صَبْغُ الثَّوْبِ ، فَإِنَّ [٢٧٢/٤ ظ] الصَّبْغُ عَيْنُ مَالٍ ، لَا
يَزُولُ مِلْكُ صَاحِبِهِ عَنْهُ بِجَعْلِهِ مَعَ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، وَهَذَا حُجَّةٌ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا

الإنصاف

الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، إِنَّ زَادَتْ الْقِيَمَةُ بِذَلِكَ ، فَالْغَاصِبُ شَرِيكُ الْمَالِكِ بِالزِّيَادَةِ .
انتهى . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
و « نَاطِمِ الْمُفْرَدَاتِ » ، وَقَالَ : رَجَّحَهُ الْأَكْثَرُ فِي الْخِلَافِ . انتهى . وَاخْتَارَهُ
الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » ، وَالْقَاضِي يَعْقُوبُ ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « التَّذَكُّرَةِ » ،
وَأَبُو الْحَسَنِ ابْنُ بَكْرُوسٍ^(١) . وَقِيلَ : لِلْغَاصِبِ أُجْرَةُ عَمَلِهِ فَقَطْ ، إِذَا كَانَتْ

(١ - ١) سقط من : م . وليس هذا اللفظ في المسند أيضًا .

(٢) على بن محمد بن المبارك بن أحمد بن بكروس ، البغدادي ، أبو الحسن . فقيه ، مصنف ، له كتاب « رموس المسائل » ، و « الأعلام » . توفي سنة ست وسبعين وخمسمائة . ذيل طبقات الحنابلة ١/٣٤٨ .

وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَمْلِكُهُ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ .

المقنع

الشرح الكبير

لم يَزَلْ مِلْكُهُ عَنْ صِبْغِهِ بِجَعْلِهِ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ ، وَجَعْلِهِ كَالصِّفَةِ ، فَلَأَنَّ لَا يَزُولُ مِلْكُ غَيْرِهِ بِعَمَلِهِ فِيهِ أُولَى . فَإِنْ اِحْتَجَّ بِأَنَّ مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ تُرَدُّ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، قُلْنَا : الزَّرْعُ مِلْكٌ لِلْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنٌ ^(١) مَالِهِ ، وَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِ تَرْدَادُ بِهِ قِيمَتُهُ ، فَإِذَا أَخَذَهُ مَالُكَ الْأَرْضِ ، اِحْتَسَبَ بِمَا أَنْفَقَ عَلَى مِلْكِهِ ، وَفِي مَسَائِلِنَا عَمَلُهُ فِي مِلْكِ الْمَغْضُوبِ مِنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَكَانَ لَا غِيَا ، عَلَى أَنَّنَا نَقُولُ : إِنَّمَا تَجِبُ قِيمَةُ الزَّرْعِ عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ (وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَمْلِكُهُ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ) لِمَا رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْحَكَمِ . وَوَجْهُهُ ^(٢) مَا ذَكَرْنَاهُ فِي صَدْرِ الْمَسْأَلَةِ ^(٣) . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ .

الإنصاف

الزِّيَادَةُ مِثْلَهَا فَصَاعِدًا . أَوْ مَا إِلَيْهِ ابْنُ أَبِي مُوسَى . ذَكَرَهُ عَنْهُ فِي « التَّلْخِيصِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالشَّيرَازِيُّ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ عَمِلَ وَلَمْ يَسْتَأْجِرْ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ، قَالَ الشَّيرَازِيُّ فِي « الْمُبْهَجِ » . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَمْلِكُهُ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ قَبْلَ تَغْيِيرِهِ . وَهُوَ رَوَايَةٌ تَقْلَاهَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحَكَمِ ، إِلَّا أَنَّ الْمُصَنِّفَ ، وَالشَّارِحَ قَالَا : هُوَ قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ ؛ فَإِنَّ مُحَمَّدًا مَاتَ قَبْلَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ بَنَحُو مِنْ عَشْرِينَ سَنَةً . قُلْتُ : مَوْتُهُ قَبْلَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ بِعَشْرِينَ سَنَةً لَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ دَلِيلٍ عَلَى رُجُوعِهِ ، وَإِلَّا فَالْأَصْلُ عَدَمُهُ . ثُمَّ وَجَدْتُ الْحَارِثِيَّ قَالَ نَحْوَهُ ؛ فَقَالَ : وَلَيْسَ يَلْزَمُ مِنْ تَقَدُّمِ الْوَفَاقِ الرُّجُوعُ ؛ إِذْ مِنَ الْجَائِزِ تَقَدُّمُ سَمَاعٍ مَنْ تَأَخَّرَتْ وَفَاتُهُ ، وَكَانَ يَجِبُ ، عَلَى مَا قَالَ ، الْإِلْغَاءُ مَا خَالَفَ أَبُو بَكْرٍ فِيهِ لِرَوَايَةٍ مَنْ تَأَخَّرَ مَوْتُهُ ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢-٣) في م : « كما ذكرنا » .

فصل : فإن نقصت العين دون القيمة ، ردَّ الموجود وقيمة النقص ،
 وإن نقصت العين والقيمة ، ضمَّتهما معاً ، كالزيت إذا أغلاه . وهكذا
 القول في كل ما تصرف فيه ، كنقرة ضربها دراهم أو حلياً ، أو طيناً جعله
 لبناً ، أو غزلاً نسجه ، أو ثوباً قصره ؛ لأنه نقص بفعل غير مأذون فيه ،
 أشبه ما لو أتلَّف بعضه . وإن جعل فيه شيئاً من عين ماله ، مثل أن سَمَرَ
 الدُّفوف بمساميره ، فله قلْعُها ، ويضمَّن ما نقصت الدُّفوف ، وإن كانت
 المسامير من الخشبة المعصوبة ، أو مال المعصوب منه ، فلا شيء
 للغاصب ، وليس له قلْعُها ، إلا أن يأمره المالك بذلك ^(١) فيلزمه . وإن
 كانت المسامير للغاصب فوهبها ^(٢) للمالك ، لم يجبر على قبولها ، في
 أقوى الوجهين . وإن استأجر الغاصب على عمل شيء من هذا الذي
 ذكرناه ، فالأجر عليه . والحكم في زيادته ونقصه كالوفعل ذلك بنفسه ،

والأمر بخلافه . انتهى . وعنه ، يُخير المالك بين العين والقيمة . قال في
 « الفائق » : وهو المختار .

تنبيه : أدخل المصنف فيما يُغيَّر المعصوب عن صفته ، قصر الثوب ، وذبح
 الشاة وشيها . قال في « الفروع » : فذكر جماعة ، أنه كالنوع الأول . قلت :
 منهم صاحب « المستوعب » ، و « التلخيص » ، و « الشرح » ، و « النظم » ،
 و « الفائق » ، و « الوجيز » و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ،
 وغيرهم . قال الحارثي : وقد أدرج هو وغيره في هذا الأصل قصارة الثوب ،

(١) سقط من : تش ، م .

(٢) في الأصل : « قومها » .

وَأِنْ غَضِبَ أَرْضًا ، فَحَفَرَ فِيهَا بُئْرًا ، وَوَضَعَ تُرَابَهَا فِي أَرْضٍ

المتنع

الشرح الكبير

وللْمَالِكِ تَضْمِينُ النَّقْصِ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ غَرَّمَ الْغَاصِبُ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْأَجِيرُ الْحَالَ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْأَجِيرُ ، رَجَعَ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ « غَرَّه » . وَإِنْ عَلِمَ الْأَجِيرُ الْحَالَ فَعَرَّمَهُ ، لَمْ يَرْجَعْ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ ^(١) أَتْلَفَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ عَالِمًا بِالْحَالِ ، وَإِنْ [٢٧٣/٤] ضَمَّنَ الْغَاصِبُ ، رَجَعَ عَلَى الْأَجِيرِ ؛ لِأَنَّ النَّقْصَ حَصَلَ مِنْهُ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اسْتَعَانَ بِمَنْ فَعَلَ ذَلِكَ ، فَهُوَ كَالْأَجِيرِ .

٢٣٠٦ - مسألة : (وَإِنْ غَضِبَ أَرْضًا ، فَحَفَرَ فِيهَا بُئْرًا ، وَوَضَعَ

الإنصاف

وليس بالمُخْتَارِ ؛ لِانْتِفَاءِ سَلْبِ الْأَسْمِ وَالْمَعْنَى .

تنبيه ثان : أَفَادَ الْمُصَنِّفُ أَنَّ ذَبْحَ الْغَاصِبِ لِلْحَيَوَانِ الْمَغْضُوبِ لَا يُحَرِّمُ أَكْلَهُ . وَهُوَ كَذَلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَيَأْتِي ذَلِكَ عِنْدَ تَصَرُّفَاتِ الْغَاصِبِ الْحُكْمِيَّةِ ، وَفِي بَابِ الْقَطْعِ [١٨٩/٢ ط] فِي السَّرْقَةِ .

فائدة : مَا صَوَّرَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ ، فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، يَنْقَسِمُ إِلَى مُمَكِّنِ الرَّدِّ إِلَى الْحَالَةِ الْأُولَى ؛ كَالْحَلِيِّ ، وَالْأَوَانِي ، وَالْدَّرَاهِمِ ، فَيُجْبَرُ الْمَالِكُ عَلَى الْإِعَادَةِ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ . وَإِلَى غَيْرِ مُمَكِّنٍ ؛ كَالْأَبْوَابِ ، وَالْفَخَّارِ ، وَنَحْوِهَا ، فَلَيْسَ لِلْغَاصِبِ إِفْسَادُهُ ، وَلَا لِلْمَالِكِ إِجْبَارُهُ عَلَيْهِ ، فِيمَا عَدَا الْأَبْوَابِ ، وَنَحْوِهَا . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ ، فِي الْأَوَانِي الْمُتَّخَذَةِ مِنَ التُّرَابِ : لِلْمَالِكِ رَدُّهَا وَمُطَالَبَتُهُ بِمِثْلِ التُّرَابِ .

قوله : (وَإِنْ غَضِبَ أَرْضًا ، فَحَفَرَ فِيهَا بُئْرًا ، وَوَضَعَ تُرَابَهَا فِي أَرْضٍ مَالِكِهَا ،

(١-١) سقط من : م .

مَالِكِهَا ، لَمْ يَمْلِكْ طَمَّهَا إِذَا أُبْرَأَهُ الْمَالِكُ مِنْ ضَمَانٍ مَا يَتْلَفُ بِهَا ،
فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

تُرَابِهَا فِي أَرْضِ مَالِكِهَا ، لَمْ يَمْلِكْ طَمَّهَا إِذَا أُبْرَأَهُ الْمَالِكُ مِنْ ضَمَانٍ مَا يَتْلَفُ
بِهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ (١) إِذَا غَضِبَ أَرْضًا ، فَحَفَرَ فِيهَا بَيْرًا (٢) فَطَالَبَهُ (٣)
الْمَالِكُ بِطَمِّهَا ، لَزِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْأَرْضِ ، وَلِأَنَّ التُّرَابَ مِلْكُهُ نَقَلَهُ مِنْ
مَوْضِعِهِ ، فَلَزِمَهُ رَدُّهُ ، كَتُرَابِ الْأَرْضِ . وَكَذَلِكَ إِنْ حَفَرَ فِيهَا نَهْرًا ، أَوْ
حَفَرَ بَيْرًا فِي مِلْكِ رَجُلٍ بغيرِ إِذْنِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الْغَاصِبُ طَمَّهَا فَمَنَعَهُ الْمَالِكُ ،
نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ لَهُ غَرَضٌ فِي طَمِّهَا ، بِأَنْ يَسْقُطَ عَنْهُ ضَمَانُ مَا يَقَعُ فِيهَا ،
أَوْ يَكُونَ قَدْ نَقَلَ تُرَابَهَا إِلَى مِلْكِهِ أَوْ مِلْكِ غَيْرِهِ ، أَوْ طَرِيقٍ يَحْتَاجُ إِلَى تَفْرِيعِهِ ،
فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْغَرَضِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَرَضٌ
(١) فِي طَمِّ الْبَيْرِ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ قَدْ وَضَعَ التُّرَابَ فِي مِلْكِ الْمَغْضُوبِ
مِنْهُ (٢) ، وَأُبْرَأَهُ مِنْ ضَمَانٍ مَا يَتْلَفُ بِهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ طَمُّهَا ، فِي أَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ لَا نَفْعَ فِيهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ فِعْلُهُ ، كَمَا لَوْ غَضِبَ نُقْرَةً

لَمْ يَمْلِكْ طَمَّهَا ، إِذَا أُبْرَأَهُ الْمَالِكُ مِنْ ضَمَانٍ مَا يَتْلَفُ بِهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . إِذَا حَفَرَ
بَيْرًا ، أَوْ شَقَّ نَهْرًا ، وَنَحَوَهُ ، فِي أَرْضٍ غَضِبَهَا ، فَطَالَبَهُ الْمَالِكُ بِطَمِّهَا ، لَزِمَهُ ذَلِكَ
إِنْ كَانَ لَغَرَضٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَإِنْ أَرَادَ الْغَاصِبُ طَمَّهَا انْتِدَاءً ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) في م : « إِذَا طَمَّه » .

(٣) سقط من : م .

فَطَبَعَهَا دَرَاهِمَ ثُمَّ أَرَادَ رَدَّهَا نُقْرَةً . وبهذا قال أبو حنيفة ، والمُزْنِيُّ ، وبعضُ الشَّافِعِيَّةِ . وقال بعضهم : له طَمَّهَا . وهو الوجهُ الثاني لنا ؛ لأنه لا يَبْرَأُ مِنَ الضَّمانِ بِإِبْرَاءِ^(١) المَالِكِ ، لَكَوْنِهِ أَبْرَأَ مِمَّا لم يَجِبْ بَعْدُ ، وهو أَيْضًا

يكون لَعَرَضٍ صَحِيحٍ ، أو لا ، فَإِنْ كان لَعَرَضٍ صَحِيحٍ ؛ كإِسْقَاطِ ضَمَانٍ ما يَقَعُ فِيهَا ، أو يكونُ قد نَقَلَ تَرَاتِبَهَا إِلَى مِلْكِهِ ، أو مِلْكٍ غَيْرِهِ ، أو إِلَى طَرِيقٍ يَحْتَاجُ إِلَى تَفْرِيعِهِ ، فله طَمَّهَا مِنْ غَيْرِ إِذْنِ رَبِّهَا . على الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ ، وهو ظَاهِرُ كَلَامِ المُصَنِّفِ هُنَا . وجَزَمَ بِهِ في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » . واختارَهُ القَاضِي . وقَدَّمَهُ في « الفُرُوعِ » ، و « الحَارِثِيِّ » ، و « الخُلَاصَةِ » . وقِيلَ : لا يَمْلِكُ طَمَّهَا إِلَّا بِإِذْنِهِ . وهو ظَاهِرُ ما قَدَّمَهُ في « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِصِ » ، على ما يَأْتِي مِنْ كَلَامِهِمَا . وَإِنْ لم يَكُنْ لَهُ غَرَضٌ صَحِيحٌ فِي ذَلِكَ ، وَهِيَ مُسْأَلَةُ المُصَنِّفِ ؛ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ قد وَضَعَ التُّرابَ فِي أَرْضِ مالِكِهَا ، أو فِي مَوَاتٍ ، أو أَبْرَأَهُ مِنْ ضَمَانٍ ما يَتَلَفُ بِهَا ، قال المُصَنِّفُ ، والشارِحُ : أو مَنَعَهُ مِنْهُ ، فَهَلْ يَمْلِكُ طَمَّهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُرُوعِ » ، و « الحَارِثِيِّ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لا يَمْلِكُ طَمَّهَا . وَهُوَ الصَّحِيحُ . نَصَرَهُ المُصَنِّفُ ، والشارِحُ . وَصَحَّحَهُ في « التَّصْحِيحِ » . واختارَهُ أَبُو الخَطَّابِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَمْلِكُهُ . اختارَهُ القَاضِي . قال في « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِصِ » : وَإِنْ غَضَبَ دارًا ، فَحَفَرَ فِيهَا بَيْتًا ، ثُمَّ اسْتَرَدَّهَا مالِكُهَا ، فَأَرَادَ الغَاصِبُ طَمَّ البَيْتِ ، لم يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ . وقال القَاضِي : له ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ رِضَا المَالِكِ . وقال أَبُو الخَطَّابِ في « الْهِدَايَةِ » : ليس له ذَلِكَ إِذَا أَبْرَأَهُ

(١) في الأصل : « فَأَبْرَأَ » .

إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها . ولنا ، أن الضمان إنما يلزمه لوجود التعدي ، فإذا رضى صاحب الأرض زال التعدي ، فزال الضمان ، وليس هذا إبراء مما يجب ، إنما هو إسقاط التعدي برضاه به . وهكذا ينبغي أن يكون الحكم إذا لم يتلفظ بالإبراء ، لكن منعه من طمها ؛ لأنه يتضمن رضاه بذلك .

الشرح الكبير

المالك من ضمان ما يتلف فيها . انتهى . وأطلقهن في « المذهب » . قال في « التلخيص » : وأصل اختلاف القاضى ، وأبى الخطاب ، هل الرضا الطارىء كالمقارن للحفر ، أم لا ؟ والصحيح ، أنه كالمقارن . انتهى . وقال في « الرعايتين » ، و « الحاوى الصغير » ، و « الفائق » : وإن حفر فيها بئرا أو نحوها ، فله طمها مطلقا . وإن سخط ربها ، فأوجه ؛ التفى ، والإثبات . والثالث ، إن أبرأه من ضمان ما يتلف بها ، وصح في وجهه ، فلا . زاد في « الرعاية الكبرى » وجهها رابعا ، وهو إن كان غرضه فيه صحيحا ؛ كدفع ضرر ، وخطر ، ونحوهما ، وإلا فلا . وخامسا ، وهو إن ترك ترابها في أرض غير ربها ، فلا . وقيل : بلى ، مع غرض صحيح . انتهى . وتقدم ذلك ، والصحيح منه .

الإنصاف

تنبيهان ؛ أحدهما ، في القول المحكى عن القاضى . قال الحارثي : إن كان مأخوذا من غير كتاب « المجرد » ، فنعيم ، وإن كان من « المجرد » ، فكلامه فيه موافق لأبى الخطاب ؛ فإنه قال ، وذكر كلامه . قلت : الناقل عن القاضى تلميذه أبو الخطاب في « الهداية » ، وهو أعلم بكلامه من غيره ، وللقاضى في مسائل كثيرة القولان والثلاثة ، وكتبه كثيرة . الثانى ، ظاهر كلام أبى الخطاب ، وجماعة ، أنه إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها ، أنه يصح ، ويبرأ . وهو أحد الوجهين . اختاره المصنف ، والشارح ، وابن عقيل ، والقاضى في « المجرد » .

وَأِنْ غَضِبَ حَبًّا فَزَرَعَهُ ، أَوْ يَبْضًا فَصَارَ فِرَاخًا ، أَوْ نَوَى فَصَارَ الْمُنْعَى غَرْسًا ، رَدَّهُ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ مِثْلُ الَّذِي قَبْلَهُ .

الشرح الكبير

٢٣٠٧ - مسألة : (وَإِنْ غَضِبَ حَبًّا فَزَرَعَهُ ، أَوْ نَوَى فَصَارَ غَرْسًا ، أَوْ يَبْضًا فَصَارَ فِرَاخًا ، رَدَّهُ ، وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ) لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِ الْمَغْضُوبِ مِنْهُ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَمْلِكَهُ الْغَاصِبُ ، كَمَا إِذَا قَصَرَ الثَّوْبَ ، أَوْ ضَرَبَ الْفِضَّةَ ، لِكُونِهِ غَيْرِهِ بِفِعْلِهِ ، وَالتَّغْيِيرُ^(١) فِي الْبَيْضَةِ أَعْظَمُ ، فَإِنَّهُ اسْتَحَالَ بِزَوَالِ اسْمِهِ ، فَعَلَى هَذَا ، يَتَخَرَّجُ أَيْضًا أَنْ يَكُونَ [٢٧٣/٤ ط] شَرِيكًا بِالزِّيَادَةِ ، كَالْمَسْأَلَةِ الْأُولَى .

قَالَ الْحَارِثِيُّ لَمَّا ذَكَرَ كَلَامَهُ الْمُتَقَدِّمَ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ . وَتَقَدَّمَ قَرِيبًا كَلَامُهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » فِي ذَلِكَ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَحَاصِلُ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ، الْخِلَافُ فِي صِحَّةِ الْإِبْرَاءِ ، وَفِيهِ وَجْهَانِ .

قَوْلُهُ : وَإِنْ غَضِبَ حَبًّا فَزَرَعَهُ ، أَوْ يَبْضًا فَصَارَ فِرَاخًا ، أَوْ نَوَى فَصَارَ غَرْسًا - قَالَ فِي « الْإِنْتِصَارِ » : أَوْ غُضُنًا فَصَارَ شَجَرَةً - رَدَّهُ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ - وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ - وَيَتَخَرَّجُ فِيهَا مِثْلُ الَّذِي قَبْلُهَا . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَمْلِكَهُ الْغَاصِبُ . فَعَلَى هَذَا ، يَتَخَرَّجُ لَنَا ، أَنْ يَكُونَ شَرِيكًا بِالزِّيَادَةِ ، كَالْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلُهَا . انْتَهَى . وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا نَوْعٌ مِمَّا تَقَدَّمَ مِنْ تَغْيِيرِ الْعَيْنِ وَتَبَدُّلِ اسْمِهَا .

فَائِدَةٌ : ذَكَرَ فِي « الْكَافِي » مِنْ صُورِ الْاسْتِحَالَةِ ، الزَّرْعُ يَصِيرُ حَبًّا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَفِيهِ نَظَرٌ ؛ فَإِنَّ الزَّرْعَ إِنْ كَانَ قَدْ سَنِبَلَ حَالَةَ الْعَصَبِ ، فَهُوَ مِنْ قَبِيلِ

(١) فِي م : « فَالتَّغْيِيرُ » .

فَصْلٌ : وَإِنْ نَقَصَ ، لَزِمَهُ ضَمَانُ نَقْصِهِ بِقِيَمَتِهِ ، رَقِيقًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ . وَعَنْهُ ، أَنَّ الرَّقِيقَ يُضْمَنُ بِمَا يُضْمَنُ بِهِ فِي

فصل : وإن غصب دجاجة ، فباضت عنده ، ثم حصنت بيضها ، فصار فراخا ، فهما للمالكها ، ولا شيء للغاصب في غلفها . قال أحمد في طيرة جاءت إلى دار قوم فافترخت عندهم : يرُدُّها وفراخها إلى أصحاب الطيرة ، ولا شيء للغاصب فيما عمل . وإن غصب شاة فأنزى عليها فحله ، فالولد لصاحب الشاة ؛ ^(١) لأنه من نمائها . وإن غصب فحلا فأنزاه على شاته ، فالولد لصاحب الشاة ^(٢) ؛ لأنه يتبع الأم ، ولا أجر له ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل ^(٣) . وإن نقصه الضراب ضمينه .

فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه ^(٤) : (وإن نقص) المعصوب ، لزمه ضمان نقصه بقيمته ، رقيقا كان أو غيره) وبه قال الشافعي . وعن أحمد في العبد رواية أخرى ، أنه (يضمن بما يضمن به في الإتلاف) فيجب

الرطب والعنب يصيران تمرًا وزينا ، وليسا من المستحيل بالاتفاف ، وإن لم يكن سنبل ، فهو في معنى إثمار الشجر ، فيكون من قبيل المتولد ، لا المستحيل ؛ لوجود الذات عينا . انتهى .

قوله : وإن نقص ، [١٩٠/٢ و] لزمه ضمان نقصه بقيمته ؛ رقيقا كان أو غيره . وقال الأصحاب : ولو بنات لحيية أمرد ، وقطع ذنب حمار . وهذا

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه في ٣٣١/١٤ .

(٣-٣) سقط من : م .

الْإِتْلَافِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنَّ يَضْمَنَهُ بِأَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ مِنْهُمَا .

المقنع

الشرح الكبير

فِي يَدِهِ نِصْفُ قِيَمَتِهِ ، وَفِي مُوَضِّحَتِهِ نِصْفُ عَشْرِ قِيَمَتِهِ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانٌ لِبَعْضِ الْعَبْدِ ، فَكَانَ مُقَدَّرًا مِنْ قِيَمَتِهِ ، كَأَرْشِ الْجَنَايَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ ضَمَانٌ مَالٍ مِنْ غَيْرِ جَنَايَةٍ ، فَكَانَ الْوَاجِبُ مَا نَقَصَ ، كَالْبَهِيمَةِ ، وَكَتَقْصِ الثَّوْبِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْقَصْدَ بِالضَّمَانِ ^(١) جَبْرٌ حَقُّ الْمَالِكِ بِإِجَابِ قَدْرِ الْمُفْقُوتِ عَلَيْهِ ، وَقَدْرُ التَّقْصِ هُوَ الْجَابِرُ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ فَاتَ الْجَمِيعُ لَوَجَبَتْ قِيَمَتُهُ ، فَإِذَا فَاتَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَجَبَ قَدْرُهُ مِنْ الْقِيَمَةِ ، كَعَمِيرٍ ^(٢) الْحَيَوَانِ . وَضَمَانُ الْجَنَايَةِ عَلَى أَطْرَافِ الْعَبْدِ مَعْدُولٌ بِهِ عَنِ الْقِيَاسِ ، لِلْإِلْحَاقِ بِالْجَنَايَةِ عَلَى الْحُرِّ ، وَالْوَاجِبُ هَهُنَا ضَمَانُ الْيَدِ ، وَهِيَ لَا تَثْبُتُ عَلَى الْحُرِّ ، فَوَجَبَ الْبَقَاءُ فِيهِ عَلَى مُوجِبِ الْأَصْلِ ، وَالْحَاقَهُ بِسَائِرِ الْأَمْوَالِ الْمَغْصُوبَةِ . عَلَى أَنَّ فِي الْجَنَايَةِ عَلَى الْعَبْدِ رَوَايَةً ، أَنَّهُ يَضْمَنُ بِمَا نَقَصَ ، فَتَتَفَقُّ الرُّوَايَتَانِ ، وَالتَّفْرِيعُ عَلَى الْأَوَّلِ (وَيَتَخَرَّجُ أَنَّ يَضْمَنَهُ بِأَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ مِنْهُمَا) لِأَنَّ سَبَبَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْرٌ وَجَدَ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ

المذهب في ذلك كله . وجزم به في « الوجيز » وغيره . واختاره المصنف ، والإنصاف ، والشارح ، والمجدد ، وغيرهم . وقدمه في « المحرر » ، و « النظم » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « الشرح » ، و « الحارثي » ، وقال : عليه جمهور أهل المذهب . وعنه ، أَنَّ الرقيق يضمن بما يضمن به في الإتلاف . فيجب في يده نصف قيمته ، وفي موضحة نصف عشر قيمته . وعلى هذا فقس . فإن كان التقصُّ ممَّا لا مقدَّر فيه ؛ كتقصه

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « كعين » .

النَّقْصُ فِي الرَّقِيقِ مِمَّا لَا مُقَدَّرَ فِيهِ ، كَنَقْصِهِ لِكَبِيرٍ أَوْ مَرَضٍ أَوْ شَجَّةٍ دُونَ
 الْمَوْضِحَةِ ، فَعَلِيهِ مَا نَقَصَ مَعَ الرَّدِّ لَا غَيْرُ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . فَإِنْ كَانَ
 الْعَبْدُ أَمْرَدَ فَنَبَتَتْ لِحْيَتُهُ فَتَقَصَّتْ قِيمَتُهُ ، وَجَبَ ضَمَانُ نَقْصِهِ . وَبِهِ قَالَ
 الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : [٢٧٤/٤] لَا يَجِبُ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّ الْفَائِتَ لَا
 يُقْصَدُ قَصْدًا صَحِيحًا ، أَشْبَهَ الصَّنَاعَةَ الْمُحَرَّمَةَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ نَقَصَ فِي الْقِيَمَةِ
 بِتَغْيِيرِ صِفَةٍ ، فَيُضْمَنُهُ ، كَبَقِيَّةِ الصُّورِ .

لِلْكَبِيرِ أَوْ الْمَرَضِ ، أَوْ شَجَّةٍ دُونَ الْمَوْضِحَةِ ، فَعَلِيهِ مَا نَقَصَ مَعَ الرَّدِّ فَقَطْ . قَالَ
 الْحَارِثِيُّ : هَذِهِ الرُّوَايَةُ أَقْوَى .

وَيَتَخَرَّجُ أَنَّهُ يَضْمَنُهُ بِأَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ مِنْهُمَا - وَانْفَرَدَ الْمُصَنِّفُ بِهَذَا التَّخْرِيجِ
 هُنَا . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ - وَعَنْهُ ، فِي عَيْنِ الدَّائِبَةِ ؛ مِنَ الْخَيْلِ ، وَالْبِغَالِ ، وَالْحَمِيرِ ،
 رُبْعُ قِيمَتِهَا . نَصَرَهَا الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَهُوَ الْمَشْهُورُ عَنْ
 أَحْمَدَ . فَقَالَ الْقَاضِي فِي « رِوَايَتِهِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالْمَجْدُ ،
 وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ : الْخِلَافُ فِي عَيْنِ الدَّائِبَةِ ؛ مِنَ الْخَيْلِ ، وَالْبِغَالِ ،
 وَالْحَمِيرِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَنُصُّوهُ أَحْمَدُ عَلَى
 ذَلِكَ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَخَصَّ فِي « الرُّوَضَةِ » هَذِهِ الرُّوَايَةَ بِعَيْنِ الْفَرَسِ ،
 وَجَعَلَ فِي عَيْنِ غَيْرِهَا مَا نَقَصَ ، وَأَحْمَدُ إِنَّمَا قَالَ فِي عَيْنِ الدَّائِبَةِ . انْتَهَى . قَالَ
 الْحَارِثِيُّ : مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَصَرَ الْخِلَافَ عَلَى عَيْنِ الْفَرَسِ ، دُونَ الْبَعْلِ
 وَالْحِمَارِ . وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي « التَّعْلِيقِ الْكَبِيرِ » ، وَأَبِي الْخَطَّابِ فِي
 « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » ، وَالْقَاضِي يَعْقُوبُ ، وَأَبِي الْمَوَاهِبِ الْحُسَيْنِ بْنِ مُحَمَّدٍ
 الْعُكْبَرِيِّ فِي آخَرِينَ ، وَاخْتَارَ أَكْثَرُ هَؤُلَاءِ الْقَوْلَ بِالْمُقَدَّرِ . قَالَ : وَنَصَّ أَحْمَدُ

يَقْتَضِي الْعُمُومَ ؛ فَإِنَّ لَفْظَ « الدَّابَّةِ » يَشْمَلُ الْبَعْلَ ، وَالْحِمَارَ ، وَالْفَرَسَ . وَكَذَلِكَ صِيغَةُ الدَّلِيلِ الْمُتَمَسِّكِ بِهِ ، فَالتَّخْصِصُ خِلَافُ الْأَصْلِ ، مَعَ أَنَّا نَجِدُ فِي الْفَرَسِ خَصَائِصَ تُنَاسِبُ اخْتِصَاصَ الْحُكْمِ بِهِ ، لَكِنْ مَا أَخَذْنَا فِيهِ غَيْرَ الْقِيَاسِ ، وَلَا يُمَكِّنُ إِعْمَالُ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمُنَاسَبَةِ . انْتَهَى . قُلْتُ : وَمِمَّنْ خَصَّ الرِّوَايَةَ بِعَيْنِ الْفَرَسِ مِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ ؛ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَصَاحِبُ « الْمُسْتَوْعَبِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرُهُمْ . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، فِي الْعَيْنَيْنِ مَا نَقَصَ ، كَسَائِرِ الْأَعْضَاءِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : كَذَلِكَ قَالَ الْأَصْحَابُ ، لَا أَعْلَمُهُمْ اخْتَلَفُوا فِيهِ . قَالَ : وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ، نَصَفَ الْقِيَمَةَ ؛ اغْتِبَارًا بِالرُّبْعِ فِي إِحْدَاهُمَا . قَالَ : وَهُوَ أَظْهَرُ . انْتَهَى . وَيَأْتِي ، إِذَا شَقَّ ثَوْبًا ، أَوْ أَتَلَفَ عَصًا ، أَوْ قَصَعَةً ، أَوْ كَسَرَ خَلْجًا ، وَنَحْوَهُ ، فِي ضَمَانٍ غَيْرِ الْمُثَلَّى ، فِي الْفَصْلِ السَّادِسِ وَالْخِلَافِ فِيهِ . وَيَأْتِي وَقْتُ لُزُومِ قِيَمَتِهِ ، فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ السَّادِسِ ، فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ .

تَنْبِيهِ : دَخَلَ فِي قَوْلِ الْمُصَنِّفِ : وَإِنْ تَلَفَ ، لَزِمَهُ ضَمَانُ نَقْصِهِ بِقِيَمَتِهِ . لَوْ جَنَى عَلَى حَيَوَانٍ حَامِلٍ فَأَلْقَتْ جَنِينَهَا مَيِّتًا . وَهُوَ كَذَلِكَ ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا نَقَصَ مِنْ أُمِّهِ بِالْجَنَائَةِ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالْثَّمَانِينَ » . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَجِبُ ضَمَانُ جَنِينِ الْبَهَائِمِ بَعْشَرَ قِيَمَةِ أُمِّهِ ، كَجَنِينِ الْأُمَةِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَقِيَاسُهُ جَنِينُ الصَّيْدِ فِي الْحَرَمِ وَالْإِحْرَامِ ، وَالْمَشْهُورُ ، أَنَّهُ يَضْمَنُ بِمَا نَقَصَ أُمُّهُ أَيْضًا . وَيَأْتِي فِي مَقَادِيرِ الدِّيَاتِ . قَالَ : وَلَوْ أَلْقَتِ الْبَهِيمَةُ بِالْجَنَائَةِ جَنِينًا حَيًّا ، ثُمَّ مَاتَ ، فَفِيهِ احْتِمَالَانِ . ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، فِي الرَّهْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَضْمَنُ قِيَمَةَ الْوَلَدِ حَيًّا لَا غَيْرُ . وَالثَّانِي ، عَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ ، أَوْ مَا نَقَصَتِ الْأُمُّ . انْتَهَى . قُلْتُ : الثَّانِي هُوَ الصَّوَابُ .

المفتع وَإِنْ غَضَبَهُ وَجَنَى عَلَيْهِ ، ضَمِنَهُ بِأَكْثَرِ الْأُمْرَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٣٠٨ - مسألة : (وَإِنْ غَضَبَهُ وَجَنَى عَلَيْهِ ، ضَمِنَهُ بِأَكْثَرِ الْأُمْرَيْنِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا غَضِبَ عَبْدًا وَجَنَى عَلَيْهِ جِنَايَةً مُقَدَّرَةً الدِّيَّةِ ، فعلى قولنا : ضَمَانُ الْعُضْبِ ضَمَانُ الْجِنَايَةِ . يكون الواجبُ أَرْضَ الْجِنَايَةِ ، كما لو جَنَى عليه مِنْ غَيْرِ غَضَبٍ وَنَقَصْتَهُ الْجِنَايَةُ أَقْلَ مِنْ ذَلِكَ أَوْ^(١) أَكْثَرَ . وَإِنْ قُلْنَا : ضَمَانُ الْعُضْبِ غَيْرُ ضَمَانِ الْجِنَايَةِ . وهو الصَّحِيحُ ، فعليه أَكْثَرُ الْأُمْرَيْنِ مِنْ أَرْضِ النِّقْصِ أَوْ دِيَّةِ ذَلِكَ الْعُضْوِ ؛

الإنصاف

قوله : وَإِنْ غَضَبَهُ وَجَنَى عَلَيْهِ ، ضَمِنَهُ بِأَكْثَرِ الْأُمْرَيْنِ . وهذا مُفَرَّغٌ عَلَى الْقَوْلِ بِالْمُقَدَّرِ مِنَ الْقِيَمَةِ ، قَالَه الْحَارِثِيُّ . قَالَ الشَّارِحُ : إِذَا جَنَى الْغَاصِبُ عَلَى الْعَبْدِ الْمَعْصُوبِ جِنَايَةً مُقَدَّرَةً الدِّيَّةِ ، فعلى قولنا : ضَمَانُ الْعُضْبِ ضَمَانُ الْجِنَايَةِ . يكون الواجبُ أَرْضَ الْجِنَايَةِ ، كما لو جَنَى عليه مِنْ غَيْرِ غَضَبٍ . وَإِنْ قُلْنَا : ضَمَانُ الْعُضْبِ غَيْرُ ضَمَانِ الْجِنَايَةِ . وهو الصَّحِيحُ ، فعليه أَكْثَرُ الْأُمْرَيْنِ ؛ مِنْ أَرْضِ النِّقْصِ ، أَوْ دِيَّةِ ذَلِكَ الْعُضْوِ . وَجَزَمَ بِأَنَّهُ يَضْمَنُهُ بِأَكْثَرِ الْأُمْرَيْنِ ، فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : يَضْمَنُهُ بِأَكْثَرِهَا عَلَى الْأَصَحِّ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ يَضْمَنُ بِمَا نَقَصَ . ذَكَرَهَا الْمُصَنِّفُ فِي هَذَا الْكِتَابِ ، فِي الْفَصْلِ الثَّلَاثِ مِنْ بَابِ مَقَادِيرِ الدِّيَّاتِ . اخْتَارَهَا الْخَلَّالُ ، وَابْنُ عَقِيلٍ أَيْضًا . ذَكَرَهُ الْحَارِثِيُّ . لَكِنَّ هَذِهِ الرِّوَايَةَ أَعْمُ مِنْ أَنْ يَكُونَ الْجَانِي الْغَاصِبَ أَوْ غَيْرَهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَجُوبُ أَكْثَرِ الْأُمْرَيْنِ مُفَرَّغٌ عَلَى الْقَوْلِ بِالْمُقَدَّرِ ؛ لِاجْتِمَاعِ السَّبَبَيْنِ بِالْيَدِ وَالْجِنَايَةِ . مِثَالُهُ ، لَوْ كَانَتِ الْقِيَمَةُ أَلْفًا ، فَتَقَصَّتْ بِالْقَطْعِ أَرْبَعِمِائَةً ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

الشرح الكبير

لأنَّ سَبَبَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَجِدٌ ، فَوَجَبَ أَكْثَرُهُمَا ، وَدَخَلَ الْآخَرُ فِيهِ ، فَإِنَّ الْجِنَايَةَ وَالْيَدَ وَجَدَا جَمِيعًا . فلو غَصَبَ عَبْدًا ^(١) وَقِيمَتُهُ أَلْفٌ ، فزَادَتْ قِيمَتُهُ إِلَى أَلْفَيْنِ ، ثُمَّ قَطَعَ يَدَهُ ، فَنَقَصَ أَلْفًا ، لَزِمَهُ أَلْفٌ ، وَرَدَّ الْعَبْدُ ؛ لِأَنَّ زِيَادَةَ السُّوقِ إِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ مَضْمُونَةً ، وَيَدُ الْعَبْدِ كِنَصْفِهِ ، فَكَأَنَّهُ بَقَطَعَ يَدَهُ قَوَّتَ نِصْفَهُ ، وَإِنْ نَقَصَ أَلْفًا وَخَمْسُمِائَةٍ ، وَقُلْنَا : الْوَاجِبُ مَا نَقَصَ . فعليه أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٍ ، وَيَرُدُّ الْعَبْدَ . وَإِنْ قُلْنَا : ضَمَانُ الْجِنَايَةِ . فعليه أَلْفٌ ، وَرَدُّ الْعَبْدِ حَسْبُ . وَإِنْ نَقَصَ خَمْسُمِائَةٍ ، فعليه رَدُّ الْعَبْدِ . وهل يَلْزِمُهُ أَلْفٌ أَوْ خَمْسُمِائَةٍ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

فَالوَاجِبُ خَمْسُمِائَةٍ . وَلَوْ نَقَصَ سِتِّمِائَةٍ ، كَانَ هُوَ الْوَاجِبُ . وَعَلَى [١٩٠/٢ ظ] الْإِنْصَافِ الْقَوْلُ بِمَا نَقَصَ ، فَكَذَلِكَ فِي السِّتِّمِائَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى وَفْقِ الْمُوجِبِ ، وَفِيمَا قَبْلَهُ أَرْبَعُمِائَةٍ ؛ لِأَنَّهُ مَا نَقَصَ .

فائدة : لو غَصَبَ عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفٌ ، فزَادَتْ الْقِيمَةُ إِلَى أَلْفَيْنِ ، ثُمَّ قَطَعَ يَدَهُ ، فَنَقَصَ أَلْفًا ، فَيَجِبُ أَلْفٌ عَلَى كِلَا الرِّوَايَتَيْنِ ، وَهَذَا بِلَا نِزَاعٍ . وَإِنْ نَقَصَ أَلْفًا وَخَمْسُمِائَةٍ ، فَالوَاجِبُ أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٍ ، عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ أَيْضًا . أَمَّا بِتَقْدِيرِ الْقَوْلِ بِمَا نَقَصَ ، فَظَاهِرٌ ، وَبِتَقْدِيرِ الْقَوْلِ بِالْمُقَدَّرِ ، يَكُونُ الْوَاجِبُ أَكْثَرَ الْأَمْرَيْنِ ، فَإِذَا اسْتَوَيَا ، كَانَ أَوَّلَى . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : إِنْ قُلْنَا : الْوَاجِبُ ضَمَانُ الْجِنَايَةِ ، يَعْنِي الْمُقَدَّرَ ، فعليه أَلْفٌ فَقَطْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا مُشْكِلٌ جَدًّا ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى الْإِغَاءِ أَثَرِ الْيَدِ مَعَ وَجُودِهَا . انْتَهَى . وَإِنْ نَقَصَ خَمْسُمِائَةٍ ، فَقَالَ الْحَارِثِيُّ : فعلى رِوَايَةِ الْمُقَدَّرِ ، عَلَيْهِ أَلْفٌ ، وَعَلَى رِوَايَةِ مَا نَقَصَ ، عَلَيْهِ خَمْسُمِائَةٌ .

(١) سقط من : م .

المقنع وَإِنْ جَنَى عَلَيْهِ غَيْرُ الْغَاصِبِ ، فَلَهُ تَضْمِينُ الْغَاصِبِ بِأَكْثَرِ [١٣٨ ط] الْأُمْرَيْنِ ، وَيَرْجِعُ الْغَاصِبُ عَلَى الْجَانِي بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ ، وَلَهُ تَضْمِينُ الْجَانِي أَرْشَ الْجِنَايَةِ ، وَتَضْمِينُ الْغَاصِبِ مَا بَقِيَ مِنَ النَّقْصِ .

٢٣٠٩ - مسألة : (وَإِنْ جَنَى عَلَيْهِ غَيْرُ الْغَاصِبِ ، فَلَهُ تَضْمِينُ الْغَاصِبِ أَكْثَرَ الْأُمْرَيْنِ ، وَيَرْجِعُ الْغَاصِبُ عَلَى الْجَانِي بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ ، وَلَهُ تَضْمِينُ الْجَانِي أَرْشَ الْجِنَايَةِ ، وَتَضْمِينُ الْغَاصِبِ مَا بَقِيَ مِنَ النَّقْصِ) إذا غَضِبَ عَبْدًا فَقَطَعَ آخِرُ يَدِهِ ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْجَانِي قَطَعَ يَدَهُ ، وَالْغَاصِبَ حَصَلَ النَّقْصُ فِي يَدِهِ ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْجَانِي ضَمَّنَهُ نِصْفَ الْقِيَمَةِ لَا غَيْرُ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُضْمَنْ أَكْثَرُ مِمَّا وَجَبَ عَلَيْهِ ، وَيُضْمَنُ الْغَاصِبُ مَا زَادَ عَلَى نِصْفِ الْقِيَمَةِ إِنْ نَقَصَ أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ قُلْنَا : ضَمَانُ الْعَصَبِ ضَمَانُ الْجِنَايَةِ . أَوْ لَمْ يَنْقُصْ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ قِيَمَتِهِ . لَمْ يُضْمَنْ الْغَاصِبُ هَهُنَا شَيْئًا . وَإِنْ اخْتَارَ

الشرح الكبير

الإِنصاف فقط . وهو ظاهرٌ ، وكذا قال غيره .

تبيينان ؛ الأولُ ، تَكَلَّمَ الْمُصَنِّفُ هُنَا عَلَى الْعَبْدِ إِذَا جَنَى عَلَيْهِ الْغَاصِبُ ، أَوْ جُنِيَ عَلَيْهِ فِي حَالِ غَضَبِهِ ، وَبَقِيَ قِسْمٌ ثَالِثٌ ، وَهُوَ مَا إِذَا جَنَى عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ غَضَبٍ ، وَقَدْ ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ فِي بَابِ مَقَادِيرِ الدِّيَّاتِ ، فِي الْفَصْلِ الثَّالِثِ .

الثَّانِي ، قَوْلُهُ : وَإِنْ جَنَى عَلَيْهِ غَيْرُ الْغَاصِبِ ، فَلَهُ تَضْمِينُ الْغَاصِبِ أَكْثَرَ الْأُمْرَيْنِ ، وَيَرْجِعُ الْغَاصِبُ عَلَى الْجَانِي بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ ، وَلَهُ تَضْمِينُ الْجَانِي أَرْشَ الْجِنَايَةِ ، وَتَضْمِينُ الْغَاصِبِ مَا بَقِيَ مِنَ النَّقْصِ . هَذَا مُفَرَّغٌ عَلَى الْقَوْلِ بِالْمُقَدَّرِ .

وَأِنْ غَضِبَ عَبْدًا فَخَصَاهُ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ وَرَدُّ قِيَمَتِهِ . وَعَنْهُ ، فِي الْمَنْعِ
عَيْنِ الدَّابَّةِ مِنَ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ رُبْعُ قِيَمَتِهَا . وَالْأَوَّلُ
أَصَحُّ .

الشرح الكبير

تَضْمِينُ الْغَاصِبِ [٢٧٤/٤ ظ] وَقُلْنَا : إِنَّ ضَمَانَ الْعَصْبِ ^(١) كَضَمَانِ
الْجَنَائَةِ . ضَمَّنَهُ نِصْفَ الْقِيَمَةِ ، وَرَجَعَ بِهَا الْغَاصِبُ عَلَى الْجَانِي ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ
حَصَلَ بِفِعْلِهِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ ضَمَانَ الْعَصْبِ بِمَا
نَقَصَ . فَلَرَبَّ الْعَبْدِ تَضْمِينُهُ بِأَكْثَرِ الْأُمْرَيْنِ ؛ لِأَنَّ مَا وَجَدَ فِي يَدِهِ فَهُوَ
فِي حُكْمِ الْمَوْجُودِ مِنْهُ ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْغَاصِبُ عَلَى الْجَانِي بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ ؛
لِأَنَّهَا أَرْضُ جَنَائَتِهِ ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْهَا .

٢٣١٠ - مسألة : (وَإِنْ غَضِبَ عَبْدًا فَخَصَاهُ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ وَرَدُّ
قِيَمَتِهِ) إِذَا غَضِبَ عَبْدًا ، فَقَطَعَ خُصِيَّتَيْهِ ، أَوْ يَدَيْهِ ، أَوْ ذَكَرَهُ ، أَوْ لِسَانَهُ ،
أَوْ مَا تَجِبُ فِيهِ الدِّيَّةُ مِنَ الْحُرِّ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ وَرَدُّ قِيَمَتِهِ كُلِّهَا . نَصٌّ عَلَيْهِ

أَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِمَا نَقَصَ ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُهُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وَقَرَأَ الضَّمَانُ عَلَى الْجَانِي
لِمُبَاشَرَتِهِ قَالَهُ الْحَارِثِيُّ . وَهُوَ وَاضِحٌ .

قوله : وَإِنْ غَضِبَ عَبْدًا فَخَصَاهُ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ وَرَدُّ قِيَمَتِهِ . وَكَذَا لَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ ،
أَوْ رِجْلَيْهِ ، أَوْ لِسَانَهُ ، أَوْ مَا تَجِبُ فِيهِ الدِّيَّةُ كَامِلَةً مِنَ الْحُرِّ ، فَإِنَّهُ يَلْزِمُهُ رَدُّهُ ، وَرَدُّ
قِيَمَتِهِ . وَنَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : فِيهِ مَا فِي الذِّى قَبْلَهُ مِنَ
الْخِلَافِ ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَتَأْتَى الْقَوْلُ بِأَكْثَرِ الْأُمْرَيْنِ ؛ لِاسْتِعْراقِ الْقِيَمَةِ فِي الْمُقَدَّرِ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْغَاصِبِ » .

أحمد^(١) . وبه قال مالك ، والشافعي . وقال الثوري ، وأبو حنيفة : يُخَيَّرُ المَالِكُ بَيْنَ أَنْ يَصْبِرَ وَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَبَيْنَ اخْتِزِيمَتِهِ وَيَمْلِكُهُ الْجَانِي ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ مَالٍ ، فَلَا يَبْقَى مِلْكُ صَاحِبِهِ عَلَيْهِ مَعَ ضَمَانِهِ ، كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُتَلَفَ الْبَعْضُ ، فَلَا يَقِفُ ضَمَانُهُ عَلَى زَوَالِ الْمِلْكِ ، كَقَطْعِ ذِكْرِ الْمُدَبِّرِ ، وَلِأَنَّ الْمَضْمُونَ ^(٢) « هُوَ الْمُفَوَّتُ » ، فَلَا يَزُولُ الْمِلْكُ عَنْ غَيْرِهِ بِضَمَانِهِ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ تِسْعَ أَصَابِعَ . وَبِهَذَا يَنْفَصِلُ عَمَّا ذَكَرُوهُ ، فَإِنَّ الضَّمَانَ فِي مُقَابَلَةِ التَّالِفِ ، لَا فِي مُقَابَلَةِ الْجُمْلَةِ . فَإِنْ ذَهَبَتْ هَذِهِ الْأَعْضَاءُ بِغَيْرِ جِنَايَةٍ ، فَهَلْ يَضْمَنُهَا ضَمَانُ الْإِتْلَافِ أَوْ مَا نَقَصَ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ مَضَى ذِكْرُهُمَا . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ عَيْنَ الدَّابَّةِ تُضْمَنُ بِرُبْعِ قِيمَتِهَا مِنَ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةٍ أَبِي الْحَارِثِ ، فِي رَجُلٍ فَقَأَ عَيْنَ دَابَّةٍ : عَلَيْهِ رُبْعُ قِيمَتِهَا . قِيلَ لَهُ : فَقَأَ الْعَيْنَيْنِ . قَالَ : إِذَا كَانَتْ وَاحِدَةً ، فَقَالَ عُمَرُ : رُبْعُ الْقِيَمَةِ . وَأَمَّا الْعَيْنَانِ ، فَمَا سَمِعْتُ فِيهِمَا شَيْئًا . قِيلَ لَهُ : فَإِنْ كَانَ بَعِيرًا أَوْ بَقَرَةً أَوْ شَاةً . فَقَالَ : هَذَا غَيْرُ الدَّابَّةِ ، هَذَا يُنْتَفَعُ بِلَحْمِهِ ، يُنْظَرُ مَا نَقَصَهَا . وَهَذَا يَدُلُّ [٢٧٥/٤] عَلَى أَنَّ أَحْمَدَ إِنَّمَا أَوْجَبَ مُقَدَّرًا فِي الْعَيْنِ الْوَاحِدَةِ مِنَ الدَّابَّةِ ، وَهِيَ الْفَرَسُ وَالْبَعْلُ وَالْحِمَارُ خَاصَّةً ؛

وإن لم تنقص القيمة بالخصى . فعلى القول بالمُقَدَّرِ ، يردُّه ومعه قِيمَتُهُ ، وعلى القول بما نقص ، لا يلزمه شيء . انتهى .

(١) سقط من : م .

(٢-٢) في م : « التالف » .

للاثر الوارد فيه ، وما عدا هذا يُرجع إلى القياس . واحتج أصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت ، أن النبي ﷺ قضى في عين الدابة برُبْع قيمتها^(١) . ورؤي عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه كتب إلى شريح لما كتب إليه يسأله عن عين الدابة : إنا كنا ننزلها منزلة الأدمي ، إلا أنه^(٢) أجمع رأينا أن قيمتها رُبْع الثمن^(٣) . وهذا إجماع يُقدّم على القياس . ذكر هذين أبو الخطاب في « رُؤوس المسائل » . وقال أبو حنيفة : إذا قلع عيني بهيمة يُنتفع بها من وجهين ؛ كالدابة والبعير والبقرة ، وجب نصف قيمتها ، وفي إحداهما رُبْع قيمتها ؛ لقول عمر : أجمع رأينا على أن قيمتها رُبْع الثمن . والمذهب أن قدر الأرض ما نقص من القيمة ، كسائر الأغنيان . فأما حديث زيد بن ثابت ، فلا أصل له ، ولو كان صحيحاً ، لما احتج أحمد وغيره بحديث عمر وتركوه ،^(٤) فإن قول النبي ﷺ أحق أن يُحتج به . وأما قول عمر ، فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها ، كما رؤي عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين ديناراً .

(١) أخرجه الطبراني في : المعجم الكبير ١٥٣/٥ . وذكره الهيثمي في : مجمع الزوائد ٢٩٨/٦ . وقال : رواه الطبراني ، وفيه أبو أمية بن يعلى وهو ضعيف .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب عين الدابة ، من كتاب العقول . المصنف ٧٦/١٠ ، ٧٧ . وابن أبي شيبة ، في : باب في عين الدابة ، من كتاب الديات . المصنف ٢٧٥/٩ ، ٢٧٦ .

(٤) - (٤) سقط من : تش ، م .

وَإِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ ، لَمْ يَضْمَنْ . نَصٌّ عَلَيْهِ .

٢٣١١ - مسألة : (وَإِنْ نَقَصَتْ) قِيَمَةُ (الْعَيْنِ لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ ، لَمْ يَضْمَنْ . نَصٌّ عَلَيْهِ) وهو قولُ جُمهُورِ الْعُلَمَاءِ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي ثَوْرٍ ، أَنَّهُ يَضْمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنُهُ إِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ ، فَيُلْزَمُهُ إِذَا رَدَّهَا ، كَالسَّمَنِ . وَذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ رَدَّ الْعَيْنَ بِحَالِهَا لَمْ تَنْقُصْ مِنْهَا عَيْنٌ وَلَا صِفَةٌ ، فَلَمْ يُلْزَمْهُ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَنْقُصْ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ يَضْمَنُهَا مَعَ تَلَفِ الْعَيْنِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا فَلَأَنَّهُ وَجَبَتْ قِيَمَةُ الْعَيْنِ أَكْثَرُ مَا كَانَتْ قِيَمَتُهَا ، فَدَخَلَتْ فِي التَّقْوِيمِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَدَّهَا ، فَإِنَّ الْقِيَمَةَ لَا تَجِبُ ، [٢٧٥/٤ ظ] وَيُخَالِفُ السَّمَنَ ، فَإِنَّهُ مِنْ عَيْنٍ ^(١) الْمَغْضُوبِ ، وَالْعِلْمُ بِالصَّنَاعَةِ صِفَةٌ فِيهَا ، وَهَهُنَا لَمْ تَذْهَبْ عَيْنٌ وَلَا صِفَةٌ ؛ وَلِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ فِي الْقِيَمَةِ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ ، وَإِنَّمَا حَقُّهُ فِي الْعَيْنِ ، وَهِيَ بَاقِيَةٌ كَمَا كَانَتْ ، وَلِأَنَّ الْغَاصِبَ يَضْمَنْ مَا غَصَبَهُ ، وَالْقِيَمَةُ لَا تَدْخُلُ فِي الْعَصَبِ ، بِخِلَافِ زِيَادَةِ الْعَيْنِ ، فَإِنَّهَا مَغْضُوبَةٌ وَقَدْ ذَهَبَتْ .

قوله : وَإِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ - أَيْ ، قِيَمَةُ الْعَيْنِ - لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ ، لَمْ يَضْمَنْ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَنَصٌّ عَلَيْهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ التَّفْرِيعُ . قَالَ الزُّرْكَشِيُّ : اخْتَارَهُ الْأَصْحَابُ ، حَتَّى إِنَّ الْقَاضِيَّ قَالَ : لَمْ أَجِدْ عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً بِالضَّمَانِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، يَضْمَنْ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » ، وَرَدَّهُ الْحَارِثِيُّ . وَقِيلَ : يَضْمَنْ نَقْصَهُ مَعَ تَغْيِيرِ

(١) فِي تَش : « غَيْر » .

وَأِنْ نَقَصْتَ الْقِيَمَةَ لِمَرَضٍ ، ثُمَّ عَادَتْ بِبُرْئِهِ ، لَمْ يَلْزَمَهُ الْقَنْعُ شَيْءٌ .

الشرح الكبير

٢٣١٢ - مسألة : (وَإِنْ نَقَصْتَ الْقِيَمَةَ لِمَرَضٍ) أَوْ غَيْرِهِ (ثُمَّ عَادَتْ بِبُرْئِهِ ، لَمْ يَلْزَمَهُ شَيْءٌ) إِلَّا رَدُّهُ ، إِذَا مَرَضَ الْمَغْضُوبُ ثُمَّ بَرَأَ ، أَوْ ابْيَضَّتْ عَيْنُهُ ثُمَّ زَالَ بَيَاضُهَا ، أَوْ غَضِبَ جَارِيَةٌ حَسَنَاءُ فَسَمِنَتْ سِمَنًا

الإنصاف

الْأَسْعَارُ إِذَا تَلَفَ ، وَإِلَّا فَلَا . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ ، بَعْدَ أَنْ حَكَى الرَّوَاتِبَيْنِ : وَهَذَا كُلُّهُ مَا لَمْ يَتَّصِلِ التَّلَفُ بِالزِّيَادَةِ . فَإِنْ اتَّصَلَ ؛ بَأَنَّ غَضَبَ مَا قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، فَارْتَفَعَ السَّعْرُ إِلَى مِائَتَيْنِ ، وَتَلَفَتِ الْعَيْنُ ، ضَمِنَ الْمِائَتَيْنِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ إِذِ الضَّمَانُ مُعْتَبَرٌ يَوْمَ التَّلَفِ . وَإِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، فَالْوَاجِبُ الْمِثْلُ ؛ بِلَا خِلَافٍ . وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : لَوْ غَضِبَ شَيْئًا يُسَاوِي خَمْسَةً ، فَعَادَتْ قِيمَتُهُ إِلَى دِرْهَمٍ ، ثُمَّ تَلَفَ ، لَزِمَهُ خَمْسَةٌ ، وَهَذَا عَلَى اغْتِبَارِ الضَّمَانِ بِحَالَةِ الْغَضَبِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ قَوْلٌ ضَعِيفٌ ، وَلَيْسَ بِالْمَذْهَبِ ، وَإِنَّمَا اسْتُرْسِلَ إِلَيْهِ مِنْ كَلَامِ بَعْضِ الْمُخَالِفِينَ . وَلَوْ تَلَفَ نِصْفُ الْعَيْنِ بَعْدَ الْعَوْدِ إِلَى دِرْهَمٍ ، فَرَجَعَ الْبَاقِي إِلَى نِصْفِ دِرْهَمٍ ، رَدَّ الْبَاقِي وَمَعَهُ قِيَمَةُ التَّلَفِ نِصْفُ دِرْهَمٍ . وَفِي « التَّلْخِصِ » : يُرَدُّ دِرْهَمَيْنِ وَنِصْفًا . وَلَيْسَ بِالْمَذْهَبِ ، كَمَا قُلْنَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَإِنَّمَا أَوْرَدْتُهُ تَنْبِيْهَا .

قوله : (وَإِنْ نَقَصْتَ الْقِيَمَةَ لِمَرَضٍ ، ثُمَّ عَادَتْ بِبُرْئِهِ ، لَمْ يَلْزَمَهُ شَيْءٌ .) وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَ« الْوَجِيزِ » ، وَ« الْحَارِثِيِّ » ، وَ« الرَّعَايَةِ الصَّغْرَى » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرُهُمْ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : وَنُصِّهِ ، يَضْمَنُ . وَحَكَى الْحَارِثِيُّ وَجْهًا لِلشَّافِعِيِّ بِالضَّمَانِ ، قَالَ : وَهُوَ عِنْدِي قَوِيٌّ ، بَلْ أَقْوَى . وَرَدَّ أَدْلَةً الْأَصْحَابِ . وَالظَّاهِرُ ، أَنَّهُ لَمْ يَطَّلِعْ عَلَى مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ « الْفُرُوعِ » مِنَ النَّصِّ ،

المقنع وَإِنْ زَادَ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى ، مِثْلَ أَنْ تَعْلَمَ صَنْعَةَ فَعَادَتِ الْقِيَمَةُ ،
ضَمِنَ النَّقْصَ .

الشرح الكبير

نَقَصَهَا ، ثُمَّ خَفَّ سِمْنُهَا فَعَادَ حُسْنُهَا وَقِيَمَتُهَا ، رَدَّهَا وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ
لَمْ يَذْهَبَ مَا لَهُ قِيَمَةٌ ، وَالْعَيْبُ الَّذِي أَوْجَبَ الضَّمَانَ زَالَ فِي يَدَيْهِ . وَكَذَلِكَ
لَوْ حَمَلَتْ فَتَقَصَّتْ ثُمَّ وَضَعَتْ فزَالَ نَقْصُهَا ، لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا . فَإِنْ رَدَّ
الْمَغْضُوبَ نَاقِصًا بِمَرَضٍ ، أَوْ عَيْبٍ ، أَوْ سِمْنٍ مُفْرِطٍ ، أَوْ حَمَلٍ ، فَعَلَيْهِ
أَرْضُ نَقْصِهِ ، فَإِنْ زَالَ عَيْبُهُ فِي يَدِ مَالِكِهِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ رَدُّ مَا أَخَذَ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَقَرَّ
ضَمَانُهُ بِرَدِّ الْمَغْضُوبِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَخَذَ الْمَغْضُوبَ دُونَ أَرْضِهِ ، ثُمَّ زَالَ
الْعَيْبُ قَبْلَ أَخْذِ أَرْضِهِ ، لَمْ يَسْقُطْ ضَمَانُهُ لَذَلِكَ .

٢٣١٣ - (مسألة : (وَإِنْ زَادَ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى ؛ مِثْلَ أَنْ تَعْلَمَ)

الإنصاف

فهذا يُقَوِّى قَوْلَهُ ، وَرُبَّمَا كَانَ الْمَذْهَبُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَقَالَ :
نَصُّ عَلَيْهِ .

فَائِدَةٌ : لَوْ اسْتَرَدَّه الْمَالِكُ مَعِيًّا مَعَ الْأَرْضِ ، ثُمَّ زَالَ الْعَيْبُ فِي يَدِ مَالِكِهِ ، فَقَالَ
الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا : لَا يَجِبُ رَدُّ الْأَرْضِ ؛ لِاسْتِقْرَارِهِ بِأَخْذِ الْعَيْنِ
نَاقِصَةً . وَكَذَا لَوْ أَخَذَ الْمَغْضُوبَ بِغَيْرِ أَرْضٍ ، ثُمَّ زَالَ فِي يَدِهِ ، لَمْ يَسْقُطِ الْأَرْضُ
كَذَلِكَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَمَا يُذَكَّرُ مِنَ الْاسْتِقْرَارِ ، فَغَيْرُ مُسَلِّمٍ . قَالَ : وَالصَّوَابُ ،
إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، الْوُجُوبُ بِقَدْرِ النَّقْصِ الْحَادِثِ فِي الْمُدَّةِ ، وَيَجِبُ رَدُّ مَا
زَادَ ، إِنْ كَانَ .

قوله : وَإِنْ زَادَ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى ، مِثْلَ أَنْ تَعْلَمَ صَنْعَةَ ، فَعَادَتِ الْقِيَمَةُ ، ضَمِنَ

(١ - ١) سقط من : تش ، م .

وَأِنْ زَادَتْ الْقِيَمَةُ بِسَمَنِ أَوْ نَحْوِهِ ثُمَّ نَقَصَتْ ، ضَمِنَ الْمُنْعَى
الزِّيَادَةَ .

(«صَنْعَةُ فَعَادَتِ الْقِيَمَةُ ، ضَمِنَ النِّقْصَ») لِأَنَّ الزِّيَادَةَ الثَّانِيَةَ مِنْ غَيْرِ جِنْسٍ
الْأُولَى ، فَلَا يَنْجَبِرُ بِهَا^(١) .

٢٣١٤ - مسألة : (وَإِنْ زَادَتْ الْقِيَمَةُ لِسَمَنِ أَوْ نَحْوِهِ^(٢)) ثُمَّ
نَقَصَتْ ، ضَمِنَ الزِّيَادَةَ) إِذَا زَادَتْ قِيَمَةُ الْمَغْضُوبِ فِي يَدِ الْغَاصِبِ لِسَمَنِ
أَوْ تَعْلَمُ صَنْعَةً ، مِثْلَ مَا إِذَا غَضِبَ عَبْدًا أَوْ أُمَةً وَقِيَمَتُهُ مِائَةٌ ، فَرَادَ بِتَعْلِيمِهِ ،
أَوْ فِي بَدَنِهِ ، حَتَّى صَارَتْ قِيَمَتُهُ مِائَتَيْنِ ، ثُمَّ نَقَصَ بِنُقْصَانِ بَدَنِهِ ، أَوْ نِسْيَانِ
مَا عَلَّمَ حَتَّى صَارَتْ قِيَمَتُهُ مِائَةً ، لَزِمَهُ رَدُّهُ ، وَيَأْخُذُ مِنَ الْغَاصِبِ مِائَةً .
وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنْفِيَةَ ، وَمَالِكٌ : لَا يَجِبُ عَلَيْهِ عَوَضُ الزِّيَادَةِ ،
إِلَّا أَنْ يُطَالَبَ [٢٧٦/٤] بِرَدِّهَا زَائِدَةً فَلَا يَرُدُّهَا ؛ لِأَنَّهُ رَدَّ الْعَيْنِ كَمَا أَخَذَهَا

النِّقْصَ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ»
و«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«الْمُعْنَى» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«الْحَارِثِيِّ» ، وَ«الْفَائِقِ» ،
و«الْوَجِيزِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» . وَقِيلَ : لَا يَضُمُّهُ .

قَوْلُهُ : وَإِنْ زَادَتْ الْقِيَمَةُ لِسَمَنِ ، أَوْ نَحْوِهِ ، ثُمَّ نَقَصَتْ ، ضَمِنَ الزِّيَادَةَ . وَهُوَ
الصَّحِيحُ [١٩١/٢] مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي «الْفُرُوعِ» ، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ» :
ضَمِنَ عَلَى الْأَصَحِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْمُعْنَى» ،
و«الشَّرْحِ» ، وَنَصَرَاهُ ، وَ«التَّلْخِصَ» ، وَ«الْحَارِثِيَّ» ، وَ«الْحَاوِيَّ

(١ - ١) سَقَطَ مِنْ : تَش ، م .

(٢) فِي م : « غَيْرِهِ » .

فلم يَضْمَنْ نَقْصَ قِيَمَتِهَا ، كَنَقْصِ سِعْرِهَا^(١) . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي « الإِرْشَادِ » رِوَايَةً ، أَنَّ الْمَغْضُوبَ إِذَا زَادَتْ قِيَمَتُهُ بِسَمَنِ ، أَوْ تَعَلَّمَ صُنْعَةً ، ثُمَّ نَقَصَتْ بَزْوَالِ ذَلِكَ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إِذَا رَدَّهَ بَعَيْنُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ فِي نَفْسِ الْمَغْضُوبِ ، فَلَزِمَ الْغَاصِبَ ضَمَانُهَا ، كَمَا لَوْ طَالَبَهُ بِرَدِّهَا فَلَمْ يَفْعَلْ ، وَلِأَنَّهَا زَادَتْ عَلَى مِلْكِ الْمَغْضُوبِ مِنْهُ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ مَوْجُودَةٌ حَالَ الْعُصْبِ . وَفَارَقَ زِيَادَةُ السَّعْرِ^(٢) ؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ مَوْجُودَةٌ حَالَ الْعُصْبِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ، وَالصَّنَاعَةُ إِنْ لَمْ تَكُنْ مِنْ عَيْنِ الْمَغْضُوبِ فَهِيَ صِفَةٌ فِيهِ ، وَلِذَلِكَ يَضْمَنْهَا إِذَا طُولِبَ بِرَدِّ الْعَيْنِ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فَلَمْ يَرُدَّهَا ، وَأَجْرَيْنَاهَا هِيَ وَالتَّعْلِيمُ مُجْرَى السَّمَنِ الَّذِي هُوَ عَيْنٌ ؛ لِأَنَّهَا صِفَةٌ تَتَّبِعُ الْعَيْنَ ، وَأَجْرَيْنَا الزِّيَادَةَ الْحَادِثَةَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ مُجْرَى الزِّيَادَةِ الْمَوْجُودَةِ حَالَ الْعُصْبِ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ فِي الْعَيْنِ الْمَمْلُوكَةِ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ ، فَتَكُونُ مَمْلُوكَةً لَهُ ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلْعَيْنِ . فَأَمَّا إِنْ غَضِبَ الْعَيْنَ سَمِينَةً ، أَوْ ذَاتَ صِنَاعَةٍ ، فَهَزَلَتْ أَوْ نَسِيَتْ ، فَتَقْصُتْ قِيَمَتُهَا ، فَعَلِيهِ ضَمَانُ نَقْصِهَا . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهَا نَقَصَتْ عَنْ حَالِ غَضَبِهَا نَقْصًا أَثَّرَ فِي قِيَمَتِهَا ، فَوَجَبَ ضَمَانُهَا ، كَمَا لَوْ ذَهَبَ بَعْضُ أَعْضَائِهَا .

الصَّغِيرِ » وَغَيْرِهِمْ ، وَقَالَ الْخِرَقِيُّ وَغَيْرُهُ . وَعَنهُ ، إِنْ رَدَّهَ بَعَيْنُهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ . ذَكَرَهَا ابْنُ أَبِي مُوسَى . وَهِيَ وَجْهَانِ مُطْلَقَانِ فِي « الْفَائِقِ » .

(١) فِي ق : « شَعْرَهَا » .

(٢) فِي ق : « الشَّعْر » .

وَأِنْ عَادَ مِثْلُ الزِّيَادَةِ الْأُولَى مِنْ جِنْسِهَا ، لَمْ يَضْمَنْهَا فِي أَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

فصل : إِذَا غَضَبَهَا وَقِيمَتُهَا مِائَةٌ ، فَسَمِنَتْ فَبَلَعَتْ قِيمَتُهَا أَلْفًا ، ثُمَّ
تَعَلَّمَتْ صِنَاعَةً فَبَلَعَتْ أَلْفَيْنِ ، ثُمَّ هَزَلَتْ وَنَسِيتْ فَعَادَتْ إِلَى مِائَةٍ ، رَدَّهَا
وَرَدَّ أَلْفًا ^(١) وَتِسْعَمِائَةٍ . وَإِنْ بَلَعَتْ بِالسَّمَنِ أَلْفًا ، ثُمَّ هَزَلَتْ فَعَادَتْ إِلَى
مِائَةٍ ، ثُمَّ تَعَلَّمَتْ فَبَلَعَتْ أَلْفًا ، ثُمَّ نَسِيتْ فَعَادَتْ إِلَى مِائَةٍ ، رَدَّهَا وَرَدَّ
أَلْفًا ^(٢) وَثَمَانِمِائَةٍ ؛ لِأَنَّهَا نَقَصَتْ بِالْهُزَالِ تِسْعَمِائَةٍ ، وَبِالنِّسْيَانِ تِسْعَمِائَةٍ .
وَإِنْ سَمِنَتْ فَبَلَعَتْ أَلْفًا ، ثُمَّ هَزَلَتْ فَعَادَتْ إِلَى مِائَةٍ ، ثُمَّ تَعَلَّمَتْ فَعَادَتْ
إِلَى أَلْفٍ ، رَدَّهَا وَتِسْعَمِائَةٍ ؛ لِأَنَّ زَوَالَ الزِّيَادَةِ الْأُولَى أَوْجَبَ الضَّمَانَ ،
ثُمَّ حَدَّثَتْ زِيَادَةً أُخْرَى مِنْ وَجْهِ آخَرَ عَلَى مِلْكِ الْمَغْضُوبِ مِنْهُ ، فَلَا يَنْجَبِرُ
مِلْكُ الْإِنْسَانِ بِمِلْكِهِ .

[٢٧٦/٤] ٢٣١٥ - مسألة : (فَإِنْ عَادَ مِثْلُ الزِّيَادَةِ الْأُولَى مِنْ
جِنْسِهَا) مِثْلَ أَنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا مِائَةً فَسَمِنَتْ فَبَلَعَتْ أَلْفًا ، ثُمَّ هَزَلَتْ فَعَادَتْ
إِلَى مِائَةٍ ، ثُمَّ سَمِنَتْ فَعَادَتْ إِلَى أَلْفٍ ، فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَرُدُّهَا
زَائِدَةً ، وَيَضْمَنُ نَقْصَ الزِّيَادَةِ الْأُولَى ، كَالْوَكَا مِنْ جِنْسَيْنِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ
الثَّانِيَةَ غَيْرَ الْأُولَى . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ هَزَلَتْ مَرَّةً ثَانِيَةً فَعَادَتْ إِلَى مِائَةٍ ، ضَمِنَ

قوله : وَإِنْ عَادَ مِثْلُ الزِّيَادَةِ الْأُولَى مِنْ جِنْسِهَا - مِثْلَ ، أَنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا مِائَةً ،
فَرَادَتْ إِلَى أَلْفٍ ؛ لِسَمَنِ ، وَنَحْوِهِ ، ثُمَّ هَزَلَتْ فَعَادَتْ إِلَى مِائَةٍ ، ثُمَّ سَمِنَتْ فَرَادَتْ

النَّقْصَيْنِ بِالْفِ وَثَمَانِمِائَةٍ . والثاني ، إِذَا رَدَّهَا سَمِينَةً ، فلا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛
لأنَّ مَا ذَهَبَ عَادَ ، فَهِيَ كَمَا لَوْ مَرَضَتْ فَتَقَصَّتْ ، ثُمَّ بَرِئَتْ فَعَادَتْ الْقِيَمَةَ ،
أَوْ نَسِيَتْ صِنَاعَةً ثُمَّ تَعَلَّمَتْهَا ، أَوْ أَبَقَ عَبْدٌ ثُمَّ عَادَ . وفَارَقَ مَا إِذَا زَادَتْ مِنْ
جِهَةٍ أُخْرَى ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعُدْ مَا ذَهَبَ . وَهَذَا الْوَجْهُ أَفْهَمُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ
الشَّوَاهِدِ . فعلى هذا ، لو سَمِنَتْ بَعْدَ الْهُزَالِ وَلَمْ تَبْلُغْ قِيَمَتَهَا إِلَى مَا بَلَغَتْ
بِالسَّمَنِ الْأَوَّلِ ، أَوْ زَادَتْ عَلَيْهِ ، ضَمِنَ أَكْثَرَ الزِّيَادَتَيْنِ ، وَ^(١) تَدْخُلُ فِيهَا
الْأُخْرَى . وعلى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَضْمَنُهَا جَمِيعًا . فَأَمَّا إِنْ زَادَتْ بِالتَّعْلِيمِ
أَوْ الصَّنَاعَةِ ، ثُمَّ نَسِيَتْ ثُمَّ تَعَلَّمَتْ مَا نَسِيَتْهُ فَعَادَتْ الْقِيَمَةُ الْأُولَى ، لَمْ يَضْمَنْ
النَّقْصَ الْأَوَّلَ ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ الثَّانِيَّ هُوَ الْأَوَّلُ ، فَقَدْ عَادَ مَا ذَهَبَ . وَإِنْ
تَعَلَّمَتْ^(٢) عِلْمًا آخَرَ أَوْ صِنَاعَةً أُخْرَى ، فَهُوَ كَعَوْدِ السَّمَنِ ، فِيهِ وَجْهَانِ .
ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : متى زَادَتْ ثُمَّ
نَقَصَتْ ، ثُمَّ زَادَتْ مِثْلَ الزِّيَادَةِ الْأُولَى ، فَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَانِ ، سَوَاءٌ كَانَا مِنْ
جِنْسٍ ، كَالسَّمَنِ مَرَّتَيْنِ ، أَوْ مِنْ جِنْسَيْنِ كَالسَّمَنِ وَالتَّعْلُمِ ، وَالْأَوَّلُ
أَوَّلَى .

إِلَى أَلْفٍ - لَمْ يَضْمَنْهَا فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهَذَا اخْتِمَالَانِ لِلْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » .
وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،
وَ « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْحَاوِي »
الصَّغِيرِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَضْمَنُهَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ ؛

(١) سقط من : الأصل ، تش .

(٢) في الأصل ، تش : « تعلم » .

وَأِنْ كَانَتْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الْأُولَى ، لَمْ يَسْقُطْ ضَمَانُهَا .
وَأِنْ غَضَبَ عَبْدًا مُفْرِطًا فِي السَّمَنِ ، فَهَزَلَ فَزَادَتْ قِيَمَتُهُ ،
رَدَّهُ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ .

٢٣١٦ - مسألة : (وإن كانت من غير جنس الأولى ، لم يسقط الضمان)
الشرح الكبير (وقد ذكرناه في المسألة قبلها .

٢٣١٧ - مسألة : (وإن غصب عبداً مفراطاً في السمن ، فهزل
فزادت قيمته) أو لم ينقص (رده ، ولا شيء عليه) لأن الشرع إنما أوجب

لنصه في الخلخال ، يُكسر ؟ قال : يُضِلُّهُ أَحَبُّ إِلَى . وهو أحد صور المسألة .
الإنصاف وصححه في « التصحيح » . قال المصنف ، والشارح : هذا أقيس . وجزم به في
« الوجيز » . والوجه الثاني ، يضمها . قال في « الرعايتين » ، و « الفائق » :
ضمها في أصح الوجهين . وقدمه ابن رزير في « شرحه » .

قوله : وإن كانت من غير جنس الأولى ، لم يسقط ضمانها . وهو الصحيح
من المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به في « التلخيص » ،
و « الوجيز » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، وغيرهم . وقدمه في
« الفروع » ، و « الحارثي » ، وقال : هذا المذهب . وقيل : يسقط الضمان .
ذكره ابن عقيل . وأطلقهما في « الشرح » .

فائدة : من صور المسألة ، لو كان الذاهب علماً أو صناعة ، فتعلم علماً
آخر ، أو صناعة أخرى . قاله الحارثي . وقال المصنف ، والشارح : هو كعود
السمن ، يجرى فيها الوجهان . قال الحارثي : والصحيح الأول .

الشرح الكبير في هذا ما نقص من القيمة ، ولم يُقدَّر بدله ، ولم تنقص القيمة ، فلم يجب شيء .

فصل : فإن نقصت عين المعصوب دون قيمته ، لم يخل من ثلاثة أقسام ؛ أحدها ، أن يكون الذاهب مُقدَّر البدل ، [٢٧٧/٤] كعبد خصاه ، وزيت أغلاه ، ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها ، فإنه يجب ضمان النقص ، فيضمن العبد بقيمته ، ونقص الزيت والنفرة بمثلها ، مع رد الباقي منها ؛ لأن الناقص من العين «له بدل» مُقدَّر ، فلزم ما يُقدَّر به ، كما لو أذهب الكل . الثاني ، أن لا يكون مُقدَّرا ، كهزال العبد إذا لم تنقص قيمته ، وقد ذكرناه . الثالث ، أن يكون النقص مُقدَّر البدل ، لكن الذاهب منه أجزاء غير مقصودة ، كعصير أغلاه فذهبت مائيته وانعقدت أجزاءه ، فنقصت عينه دون قيمته ، فلا شيء فيه ، في أحد الوجهين ، سوى رده ؛ لأن النار إنما أذهبت مائيته التي يُقصد إذهابها ، ولهذا تزداد حلاوته وتكثر قيمته ، فهو كسمن العبد الذي لا تنقص به قيمته إذا ذهب . والثاني ، يجب ضمانه ؛ لأنه مُقدَّر البدل ، فأشبه الزيت إذا أغلاه . وإن نقصت العين والقيمة جميعا ، وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعا ؛ لأن كل واحد منهما مضمون منفردا ، فكذاك إذا اجتمعا ، وذلك مثل رطل زيت قيمته درهم ، فأغلاه فنقص ثلثه ،

وَأَنْ نَقْصَ الْمَغْضُوبُ نَقْصًا غَيْرَ مُسْتَقَرٍّ ، كَحِنْطَةِ ابْتَلَتْ
وَعَفِنَتْ ، خَيْرٌ بَيْنَ أَخْذِ مِثْلِهَا ، وَبَيْنَ تَرْكِهَا حَتَّى يَسْتَقِرَّ
فَسَادُهَا وَيَأْخُذَهَا وَأَرْضُ نَقْصِهَا .

الشرح الكبير

وصار قيمة الباقي نصف درهم ، فعليه ثلث رطل وسدس درهم ، وإن
كان قيمة الباقي ^(١) ثلثي درهم ، فليس عليه أكثر من ثلث رطل ؛ لأن
قيمة الباقي لم تنقص . وإن خصى العبد فنقصت قيمته ، فليس عليه أكثر
من ضمان خضيتيه ؛ لأن ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينه .

٢٣١٨ - مسألة : (وإن نقص المغضوب نقصاً غير مستقر ،
كحِنْطَةِ ابْتَلَتْ وَعَفِنَتْ) وخشى فسَادُهَا ، فعليه ضمان نقصه . وقال
القاضي : عليه بدله ؛ لأنه لا يعلم قدر نقصه . وهذا منصوص الشافعي .

الإنصاف

قوله : وإن نقص المغضوب نقصاً غير مستقر ، كحِنْطَةِ ابْتَلَتْ وَعَفِنَتْ ، حَيْرٌ
بَيْنَ أَخْذِ مِثْلِهَا وَبَيْنَ تَرْكِهَا حَتَّى يَسْتَقِرَّ فسادُهَا ، وَيَأْخُذَهَا وَأَرْضُ نَقْصِهَا . هذا
أحد الوجوه . جزم به في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ،
و « الخلاصة » ، و « الوجيز » ، و « الفائق » ، و « شرح ابن منجي » ،
و « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوي الصغير » ، وغيرهم . وقدمه في « الرعاية
الكبرى » ، و « النظم » . قال المصنف : قول أبي الخطاب في « الهداية » لا
بأس به . وقيل : له أرض ما نقص به من غير تخيير . اختاره المصنف في
« المعنى » . وقدمه في « الشرح » . وقيل : يضمه بدله ، كما في المالكي . قال
الحارثي : وهو قول القاضي ، وأصحابه ؛ الشريف أبي جعفر ، وابن عقيل ،
والقاضي يعقوب بن إبراهيم ، والشيرازي ، وأبي الخطاب في « رُعُوسِ المسائل » ،

(١) في ق : (الثاني) .

وله قول آخر ، أنه يضمنُ نقصه ، وكلما نقص شيء ضمنه ؛ لأنه يستند إلى السبب الموجود في يد الغاصب ، فكان كالموجود في يده . وقال أبو الخطاب : يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فسادُه ، ويأخذ أرضَ نقصه . وهو الذي ذكره شيخنا في [٢٧٧/٤ ظ] الكتاب المشروح . وقال أبو حنيفة : يتخير بين أخذه ، ولا شيء له ، أو تسليمه إلى الغاصب ويأخذ قيمته ؛ لأنه لو ضمن النقص مع أخذه لحصل له مثل كيّله وزيادة ، وهذا لا يجوز ، كما لو باع قفيزاً جيّداً بقفيز رديٍّ « ودرهم » . ولنا ، أن عين ماله باقية ، وإنما حدث فيه نقص ، فوجب فيه ما نقص ، كما لو كان عبداً فمريض . وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في العفن ، وقال : يضمن ما نقص . قولاً واحداً ، ولا يضمن

والشريف الزيدى^(٢) . واختاره ابن بكروس . وخيره في « الترغيب » بين أخذه مع أرضه ، وبين أخذ بدله . وأطلقهن في « الفروع » .

تنبيه : محل الخلاف إذا لم يستقر العفن ، أما إن استقر ، فالأرض بغير خلاف في المذهب . قاله الحارثي .

(١ - ١) سقط من : تش ، م .

(٢) علي بن محمد بن علي ، الهاشمي ، الزيدى ، الحرائي ، أبو القاسم ، إمام عالم مقرئ ، شيخ حران . تلا بالروايات على أبي بكر النقاش ، وروى عنه تفسيره « شفاء الصدور » . توفي سنة ثلاث وثلاثين وأربعمائة . سير أعلام النبلاء ١٧/٥٠٥ ، ٥٠٦ .

وَإِنْ جَنَى الْمَعْصُوبُ ، فَعَلَيْهِ أَرْضُ جِنَايَتِهِ ، سَوَاءٌ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ [١٣٩ د] أَوْ غَيْرِهِ .

الشرح الكبير

مَا تَوَلَّدَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ . وَهَذَا الْفَرْقُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْبَلَلَ قَدْ يَكُونُ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ أَيْضًا ، وَقَدْ يَكُونُ الْعَفْنُ بِسَبَبِ مِنْهُ . ثُمَّ إِنْ مَا وُجِدَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ ؛ لَوْجُودِهِ فِي يَدِهِ ، فَلَا فَرْقَ . وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الطَّعَامَ عَيْنُ مَالِهِ ، وَلَيْسَ يَبْدَلُ عَنْهُ . قَالَ شَيْخُنَا ^(١) : وَقَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ لَا بَأْسَ بِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٣١٩ - مسألة : (وَإِنْ جَنَى الْمَعْصُوبُ ، فَعَلَيْهِ أَرْضُ جِنَايَتِهِ ، سَوَاءٌ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ أَوْ غَيْرِهِ) إِذَا جَنَى الْعَبْدُ الْمَعْصُوبُ ، فَجِنَايَتُهُ مَضْمُونَةٌ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصٌ فِي الْعَبْدِ الْجَانِي ، لَكَوْنِ الْجِنَايَةِ تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، فَكَانَ مَضْمُونًا عَلَى الْغَاصِبِ ، كَسَائِرِ نَقْصِهِ . وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ أَوْ الْمَالَ . وَلَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنَ النَّقْصِ الَّذِي لِحَقِّ الْعَبْدِ . وَكَذَلِكَ إِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ جُمْلَةِ جِنَايَاتِهِ ، فَكَانَ مَضْمُونًا ^(٢) عَلَى الْغَاصِبِ ، كَالْجِنَايَةِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ .

قوله : وَإِنْ جَنَى الْمَعْصُوبُ ، فَعَلَيْهِ أَرْضُ جِنَايَتِهِ ، سَوَاءٌ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ غَيْرِهِ . إِنْ جَنَى عَلَى غَيْرِ سَيِّدِهِ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ أَرْضُ الْجِنَايَةِ ، بَلَا نِزَاعٍ ، وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ وَالْمَالَ ، وَلَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنَ النَّقْصِ الَّذِي لِحَقِّ الْعَبْدِ .

(١) في : المغنى ٣٧٦/٧ .

(٢-٢) سقط من : تش ، م .

فصل: (١) إذا جنى العبد المَعْصُوبُ جِنَايَةً أَوْ جَبَتِ الْقِصَاصَ ، فَأَقْتَصَرَ مِنْهُ ، ضَمِنَهُ الْغَاصِبُ بِقِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّ التَّلْفَ فِي يَدِهِ ، فَإِنْ عُفِيَ عَنْهُ عَلَى مَالٍ ، تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ ، وَضَمَانُهُ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصَ حَدَثَ فِي يَدِهِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُ^(١) ، وَيَضْمَنُهُ بِأَقْلَ الْأُمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرَشِ جِنَايَتِهِ ، كَمَا يَقْدِرُهُ سَيِّدُهُ . وَإِنْ جَنَى عَلَى مَا دُونَ النَّفْسِ ، مِثْلَ أَنْ قَطَعَ يَدًا فَقُطِعَتْ يَدُهُ قِصَاصًا ، فَعَلَى الْغَاصِبِ مَا نَقَصَ الْعَبْدُ بِذَلِكَ دُونَ أَرَشِ الْيَدِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ ذَهَبَتْ بِسَبَبِ [٢٧٨/٤] غَيْرِ مَضْمُونٍ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ سَقَطَتْ . وَإِنْ عُفِيَ عَنْهُ عَلَى مَالٍ ، تَعَلَّقَ أَرَشُ الْيَدِ بِرَقَبَتِهِ ، وَعَلَى الْغَاصِبِ أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرَشِ الْيَدِ . فَإِنْ زَادَتْ جِنَايَةُ الْعَبْدِ عَلَى قِيَمَتِهِ ، ثُمَّ مَاتَ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ قِيَمَتُهُ ، يَدْفَعُهَا إِلَى سَيِّدِهِ ، فَإِذَا أَخَذَهَا تَعَلَّقَ أَرَشُ الْجِنَايَةِ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ مُتَعَلِّقَةً بِالْعَبْدِ ، فَتَعَلَّقَتْ بِبَدَلِهِ ، كَمَا أَنَّ الرَّهْنَ إِذَا أَتْلَفَهُ مُتْلِفٌ وَجَبَتْ قِيَمَتُهُ وَتَعَلَّقَ الرَّهْنُ بِهَا . فَإِذَا أَخَذَ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ الْقِيَمَةَ مِنَ الْمَالِكِ ، رَجَعَ الْمَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ بِقِيَمَتِهِ مَرَّةً أُخْرَى ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ الَّتِي أَخَذَهَا اسْتُحِقَّتْ بِسَبَبِ

وإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ أَيْضًا أَرَشُ الْجِنَايَةِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُ جِنَايَتَهُ عَلَى سَيِّدِهِ ؛ لِتَعَلُّقِهَا بِرَقَبَتِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : إِذَا جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ ، فَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : يَضْمَنُ الْغَاصِبُ أَيْضًا . وَاسْتَدَلَّ لَهُ بِالْقِيَاسِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ ، قَالَ : وَإِنَّمَا يَتِمَشَّى هَذَا حَالَةَ الْأَقْتِصَاصِ

كان في يَدِ الغاصِبِ ، فكان من ضَمَانِهِ . ولو كان العَبْدُ وَدِيعَةً فَجَنَى جِنَايَةً اسْتَعْرِقَتْ قِيَمَتَهُ ، ثم إنَّ المودِعَ قَتَلَهُ بَعْدَهَا ، فعليه قِيَمَتُهُ ، وتَعَلَّقَ بها أَرْضُ الجِنَايَةِ ، فإذا أَخَذَهَا وَلِيَ الجِنَايَةَ ، لم يَرْجِعْ على المودِعِ ؛ لأنَّهُ جَنَى وهو غيرُ مَضْمُونٍ عليه . ولو جَنَى العَبْدُ في يَدِ سَيِّدِهِ جِنَايَةً تَسْتَعْرِقُ قِيَمَتَهُ ، «ثم غُصِبَ فَجَنَى في يَدِ الغاصِبِ جِنَايَةً تَسْتَعْرِقُ قِيَمَتَهُ»^(١) ، يَبِيعُ في الجِنَايَتَيْنِ ، وقُسِمَ ثَمَنُهُ بَيْنَهُمَا ، وَرَجَعَ صَاحِبُ العَبْدِ على الغاصِبِ بما أَخَذَهُ الثاني منهما ؛ لأنَّ الجِنَايَةَ كانت في يَدِهِ ، وكان للمَجْنِيِّ عليه أَوَّلًا أَنْ يَأْخُذَهُ دونَ الثاني ؛ لأنَّ الذي يَأْخُذُهُ المَالِكُ مِنَ الغاصِبِ هو عَوْضُ مَا أَخَذَهُ المَجْنِيُّ عليه ثانيًا ، فلا يَتَعَلَّقُ به حَقُّهُ ، وَيَتَعَلَّقُ به حَقُّ الأَوَّلِ ؛ لأنَّهُ بَدَلٌ عن قِيَمَةِ الجاني ، لا يُزَاحِمُ فيه . وإن مات هذا العَبْدُ في يَدِ الغاصِبِ ، فعليه قِيَمَتُهُ تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ، وَيَرْجِعُ المَالِكُ على الغاصِبِ بِنِصْفِ القِيَمَةِ ؛ لأنَّهُ ضَامِنٌ للجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ ، ويكونُ للمَجْنِيِّ عليه أَوَّلًا أَنْ يَأْخُذَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

لُجُودِ الفَوَاتِ ، أمَّا حَالَةُ عَدَمِ الاقْتِصَاصِ ، فلا ؛ لأنَّ الفَوَاتَ مُنْتَفٍ ، فالضَّمَانُ مُنْتَفٍ . وإنَّمَا قُلْنَا : الفَوَاتُ مُنْتَفٍ ؛ لأنَّ الغَايَةَ ، إِذَا تَعَلَّقَ الأَرْضُ بِالرَّقَبَةِ ، وهو غيرُ مُمَكِّنٍ ؛ لأنَّ مِلْكَ المَجْنِيِّ عليه فيها حَاصِلٌ ، فلا يُمَكِّنُ تَحْصِيلَهُ ، فيكونُ حَالَةُ عَدَمِ القِصَاصِ هَذَرٌ . ثم قال بعد ذلك : وأمَّا الجِنَايَةُ المُوجِبَةُ للمَالِ ؛ كَالْخَطَأِ وإِتْلَافِ المَالِ ، فمُتَعَلِّقَةٌ بِالرَّقَبَةِ ، وعلى الغاصِبِ تَخْلِيصُهَا بِالفِدَاءِ وبِمَا يَقْدِرُ . قال القاضِي ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهُم : بأَقْلُ الأمرَيْنِ مِنَ القِيَمَةِ أَوْ أَرْضِ الجِنَايَةِ . ولم يُورِدُوا هُنَا القَوْلَ بالأَرْضِ بَالِغًا مَا بَلَغَ ، كما في فِدَاءِ السَّيِّدِ للعَبْدِ

وَجِنَايَتُهُ عَلَى الْغَاصِبِ وَعَلَى مَالِهِ هَدْرٌ . وَتُضْمَنُ زَوَائِدُ الْعُصْبِ ؛ كَالْوَلَدِ ، وَالثَّمَرَةِ إِذَا تَلَفَتْ أَوْ نَقَصَتْ ، كَالْأَصْلِ .

٢٣٢٠ - مسألة : (وَجِنَايَتُهُ عَلَى الْغَاصِبِ وَعَلَى مَالِهِ هَدْرٌ) لَأَنَّهُ إِذَا جَنَى عَلَى أَجْنَبِيٍّ وَجَبَ أَرْشُهُ عَلَى الْغَاصِبِ ، فَلَوْ وَجَبَ لَهُ شَيْءٌ ، لَوَجَبَ عَلَى نَفْسِهِ ، فَكَانَ هَدْرًا .

٢٣٢١ - مسألة : (وَتُضْمَنُ زَوَائِدُ الْعُصْبِ ؛ كَالْوَلَدِ ، وَالثَّمَرَةِ إِذَا تَلَفَتْ أَوْ نَقَصَتْ ، كَالْأَصْلِ) سَوَاءٌ تَلَفَ ^(١) مُتَفَرِّدًا أَوْ مَعَ أَصْلِهِ ، مِثْلَ ثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ ، وَوَلَدِ الْحَيَوَانِ . وَبِهَذَا قَالَ [٢٧٨/٤ ظ] الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : لَا يَجِبُ ضَمَانُ زَوَائِدِ الْعُصْبِ إِلَّا أَنْ يُطَالَبَ بِهَا فَيَمْتَنِعَ

الْجَانِبِي ؛ لِأَنَّ الَّذِي ذَكَرُوهُ هُوَ الْأَصَحُّ ، لَا لِأَنَّ الْخِلَافَ غَيْرُ مُطَرِّدٍ ، وَفِي كَوْنِ الْأَوَّلِ هُوَ الْأَصَحُّ بَحْثٌ . انْتَهَى .

فَالَّذَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، قَوْلُهُ : وَجِنَايَتُهُ عَلَى الْغَاصِبِ وَعَلَى مَالِهِ هَدْرٌ . بِلَا نِزَاعٍ . وَقَوْلُهُ : وَتُضْمَنُ زَوَائِدُ الْعُصْبِ ؛ كَالْوَلَدِ ، وَالثَّمَرَةِ إِذَا تَلَفَتْ ، أَوْ نَقَصَتْ كَالْأَصْلِ . بِلَا نِزَاعٍ [١٩١/٢ ظ] فِي الْجُمْلَةِ . فَإِذَا غَضِبَ حَامِلًا أَوْ حَائِلًا ، فَحَمَلَتْ عِنْدَهُ ، فَالْوَلَدُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ ، ثُمَّ إِذَا وَلَدَتْ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ تَلِدَهُ حَيًّا ، أَوْ مَيِّتًا ؛ فَإِنْ وَلَدَتْ مَيِّتًا ، وَكَانَ قَدْ غَضِبَهَا حَامِلًا ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ حَيَاتِهِ . وَإِنْ كَانَ غَضِبَهَا حَائِلًا ، فَحَمَلَتْ وَوَلَدَتْهُ مَيِّتًا ، فَكَذَلِكَ عِنْدَ الْقَاضِي ، وَعِنْدَ أَبِيهِ أَبِي الْحُسَيْنِ ، يَضْمَنُهُ بِقِيَمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَمَنْ تَبِعَهُ : وَالْأَوَّلَى أَنَّهُ يَضْمَنُهُ بِعُشْرِ قِيَمَةِ أُمِّهِ . وَإِنْ وَلَدَتْهُ حَيًّا وَمَاتَ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ تَلَفِهِ .

مِنْ أَدَائِهَا ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَعْصُوبَةٍ ، فَلَا يَجِبُ ضَمَانُهَا ، كَالْوَدِيعَةِ . وَدَلِيلُ
عَدَمِ الْعَصَبِ أَنَّهُ فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، ^(١) «وُثِّبَتْ» يَدُهُ عَلَى هَذِهِ الزَّوَائِدِ ^(٢) لَيْسَ مِنْ
فِعْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ انْتَبَى عَلَى وُجُودِ الزَّوَائِدِ فِي يَدِهِ ، وَوُجُودُهَا لَيْسَ بِفِعْلٍ مُحَرَّمٍ
مِنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَالُ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ ، حَصَلَ فِي يَدِهِ ، فَيُضْمَنُهُ بِالتَّلَفِ ،
كَالْأَصْلِ . قَوْلُهُمْ : إِنَّ إِبْثَابَ يَدِهِ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ بِإِمْسَاكِ
الْأُمِّ تَسَبَّبَ إِلَى إِبْثَابِ يَدِهِ عَلَى هَذِهِ الزَّوَائِدِ ^(٣) ، وَإِبْثَابُ يَدِهِ عَلَى الْأُمِّ
مَحْظُورٌ .

الثَّانِيَةُ ، قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، فِي هَذَا الْبَابِ ، فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ الْأَخِيرِ مِنْهُ : وَإِطْلَاقُ
الْأَصْحَابِ بَأَنَّهُ لَا يَضْمَنُ مَا أَتْلَفْتَهُ بِهَيْمَةٍ لَا يَدَّ عَلَيْهَا ظَاهِرَةٌ ، وَلَوْ كَانَتْ مَعْصُوبَةً ؛
لظَاهِرِ الْخَبَرِ ، وَعَلَّلَ الْأَصْحَابُ الْمَسْأَلَةَ بَأَنَّهُ لَا تَفْرِيطُ مِنَ الْمَالِكِ ، وَلَا ذِمَّةٌ لَهَا
فَيَتَعَلَّقُ بِهَا ، وَلَا قَصْدٌ فَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهَا ، ^(١) «بِخِلَافِ الطِّفْلِ الصَّغِيرِ وَالْعَبْدِ» ^(٢) ، وَيُسَيِّئُ
ذَلِكَ أَنَّهُمْ ذَكَرُوا جِنَايَةَ الْعَبْدِ الْمَعْصُوبِ ، وَأَنَّ الْغَاصِبَ يَضْمَنُهَا ، وَقَالُوا : لِأَنَّ
جِنَايَتَهُ تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ فَضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ نَقَصَ حَصَلَ فِي يَدِ الْمَعْصُوبِ . فَهَذَا التَّخْصِصُ
وَتَعْلِيلُهُ يَقْتَضِي خِلَافَهُ فِي الْبَهِيمَةِ . قَالَ : وَهَذَا فِيهِ نَظَرٌ ، وَلِهَذَا قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي
جِنَايَاتِ الْبَهَائِمِ : لَوْ نَقَبَ لِصٌّ ، وَتَرَكَ الثَّقَبَ ، فَخَرَجَتْ مِنْهُ بِهَيْمَةٌ ، ضَمِنَهَا ،
وَضَمِنَ مَا تَجَنَّبَ بِإِفْلَاتِهَا وَتَخَلُّبِهَا . وَقَدْ يَحْتَمِلُ ، إِنْ حَازَهَا وَتَرَكَهَا بِمَكَانٍ ،
ضَمِنَ ؛ لِتَعَدِّيهِ بِتَرْكِهَا فِيهِ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ تَرَكَهَا بِمَكَانِهَا وَقَتَ الْعَصَبِ . وَفِيهِ

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَثِّبَتْ » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنَ النِّسْخِ ، انْظُرِ الْفُرُوعَ ٥٢١/٤ .

فَصْلٌ : وَإِنْ خَلَطَ الْمَغْضُوبَ بِمَالِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، مِثْلَ أَنْ خَلَطَ حِنْطَةً أَوْ زَيْتًا بِمِثْلِهِ ، لَزِمَهُ مِثْلُهُ مِنْهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخَرِ ، يَلْزَمُهُ مِثْلُهُ مِنْ حَيْثُ شَاءَ .

٢٣٢٢ - مسألة : (وَإِنْ خَلَطَ الْمَغْضُوبَ بِمَالِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، مِثْلَ أَنْ خَلَطَ حِنْطَةً أَوْ زَيْتًا بِمِثْلِهِ ، لَزِمَهُ مِثْلُهُ مِنْهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخَرِ ، يَلْزَمُهُ مِثْلُهُ مِنْ حَيْثُ شَاءَ) إِذَا خَلَطَ الْمَغْضُوبَ بِمَالِهِ بِحَيْثُ لَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، كَزَيْتٍ بِزَيْتٍ ، أَوْ دَقِيقٍ بِمِثْلِهِ ، أَوْ دَرَاهِمَ أَوْ ذَنَانِيرَ بِمِثْلِهَا ،

نَظَرٌ . وَلِهَذَا قَالَ الْأَصْحَابُ ، فِي نَقْلِ الثَّرَابِ مِنَ الْأَرْضِ الْمَغْضُوبَةِ : إِنْ أَرَادَهُ الْغَاصِبُ ، وَأَبَى الْمَالِكُ ، فَلِلْغَاصِبِ ذَلِكَ مَعَ غَرَضٍ صَحِيحٍ ؛ مِثْلُ أَنْ كَانَ نَقْلُهُ إِلَى مِلْكِهِ نَفْسِهِ ، فَيَنْفَعُ لِيَنْتَفِعَ بِالْمَكَانِ ، أَوْ كَانَ طَرَحَهُ فِي طَرِيقٍ ، فَيَضْمَنُ مَا يَتَجَدَّدُ بِهِ مِنْ جِنَايَةٍ عَلَى آدَمِيٍّ ، أَوْ بِهَيْمَةٍ . وَلَا يَمْلِكُ ذَلِكَ بِلَا غَرَضٍ صَحِيحٍ ، مِثْلُ أَنْ كَانَ نَقْلُهُ إِلَى مِلْكِ الْمَالِكِ ، أَوْ طَرَفِ الْأَرْضِ الَّتِي حَفَرَهَا ، وَيُفَارِقُ طَمَّ الْبَيْرِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْفَكُ عَنْ غَرَضٍ ؛ لِأَنَّهُ ^(١) يُسْقِطُ ضَمَانَ جِنَايَةِ الْحَفْرِ . زَادَ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَلَعَلَّهُ مَعْنَى كَلَامِ بَعْضِهِمْ ، أَوْ جِنَايَةِ الْغَيْرِ بِالثَّرَابِ . انْتَهَى كَلَامُ صَاحِبِ « الْفُرُوعِ » . وَمَحَلُّ هَذِهِ الْفَائِدَةِ ، عِنْدَ ضَمَانِ مَا أَتَلَفَتِ الْبَهِيمَةُ ، لَكِنْ لَهَا هُنَا نَوْعٌ تَعْلُقُ .

قوله : وَإِنْ خَلَطَ الْمَغْضُوبَ بِمَالِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ ؛ مِثْلُ أَنْ خَلَطَ حِنْطَةً أَوْ زَيْتًا بِمِثْلِهِ - قال في « الرُّعَايَةِ » : وَلَمْ يَشْتَرِ كَا فِيهِمَا . انْتَهَى - لَزِمَهُ مِثْلُهُ مِنْهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالْعِشْرِينَ » : الْمَنْصُوصُ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَأَبَى الْحَارِثِ ، أَنَّهُ اشْتَرَاكَ فِيمَا إِذَا

(١) فِي الْأَصْلِ : « لَا » .

فقال ابن حامد : يُلزَمُه مِثْلُ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛
لأنَّه ^(١) نَصَّ عَلَى أَنَّهُ يَكُونُ شَرِيكًا إِذَا خَلَطَهُ بِغَيْرِ جَنْسِهِ ، فَيَكُونُ تَنْبِيْهَا عَلَى
مَا إِذَا خَلَطَهُ بِجَنْسِهِ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ ، إِلَّا فِي الدَّقِيقِ ، فَإِنَّهُ تَجِبُ
قِيَمَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ عِنْدَهُمْ لَيْسَ بِمِثْلِيٍّ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يُلزَمُه
مِثْلُهُ مِنْ حَيْثُ شَاءَ الْغَاصِبُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ رَدُّ عَيْنِ مَالِهِ بِالْخَلْطِ ، أَشْبَهَ
مَا لَوْ تَلَفَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَيَّزُ لَهُ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَدَّرَ عَلَى دَفْعِ بَعْضِ
مَالِهِ إِلَيْهِ مَعَ رَدِّ الْمِثْلِ فِي الْبَاقِي ، فَلَمْ يَتَّقِلْ إِلَى الْمِثْلِ فِي الْجَمِيعِ ، كَمَا
لَوْ غَضِبَ صَاعًا فَتَلَفَ بَعْضُهُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ مِنْهُ ، فَقَدْ دَفَعَ إِلَيْهِ
بَعْضَ مَالِهِ وَبَدَلَ الْبَاقِي ، فَكَانَ أَوَّلَى مِنْ دَفْعِهِ مِنْ غَيْرِهِ .

خَلَطَ زَيْتَهُ بِزَيْتِ غَيْرِهِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ ، وَالْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » ، وَابْنُ
عَبْدُوسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » .
وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْعُمْدَةِ » . قَالَ فِي « الْوَجِيزِ » : فَهَمَا شَرِيكَانِ .
وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « شَرْحِ
ابْنِ رَزِينٍ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا أَمْسُ بِالْمَذْهَبِ ،
وَاقْرَبُ إِلَى الصَّوَابِ . وَفِي الْآخِرِ ، يُلزَمُه مِثْلُهُ مِنْ حَيْثُ شَاءَ ، اخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي
« الْمُجَرَّدِ » ، وَقَالَ : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،
وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْحَارِثِيُّ » ،
وَ « الزَّرْكَشِيُّ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَقَالَ فِي « الْوَسِيلَةِ » ،
وَ « الْمَوْجَزِ » : يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا بِقَدْرِ قِيَمَتِهِمَا . انْتَهَى . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : وَفِيهِ وَجْهٌ

(١) بعده في م : لا .

وَإِنْ خَلَطَهُ بِدُونِهِ ، أَوْ خَيْرٍ مِنْهُ ، أَوْ بَغِيرٍ جِنْسِهِ ، لَزِمَهُ مِثْلُهُ
فِي قِيَاسِ الَّتِي قَبْلَهَا . وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُمَا شَرِيكَانِ بِقَدْرِ
مِلْكَيْهِمَا .

٢٣٢٣ - مسألة : (وَإِنْ خَلَطَهُ بِدُونِهِ ، أَوْ خَيْرٍ مِنْهُ ، أَوْ بَغِيرٍ
جِنْسِهِ) فله (مِثْلُهُ فِي قِيَاسِ الَّتِي قَبْلَهَا . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُمَا
شَرِيكَانِ بِقَدْرِ مِلْكَيْهِمَا) فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ ، فِي رَجُلٍ لَهُ

ثالثٌ ، وَهُوَ الشَّرَكَةُ ، كَمَا فِي الْأَوَّلِ ، لَكِنْ يُبَاغُ وَيُقَسَّمُ الثَّمَنُ عَلَى الْحِصَّةِ . كَذَا
أَطْلَقَ الْقَاضِي يَعْقُوبُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ فِي « تَعْلِيْقِهِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَأَبُو الْحَسَنِ ابْنُ
بَكْرُسٍ ، وَغَيْرُهُمَا فِي « رُءُوسِ مَسَائِلِهِمْ » ، حَتَّى قَالُوا بِهِ فِي الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ .
وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » ، وَأُظِّنُّهُ قَوْلَ الْقَاضِي ، فِي « التَّعْلِيْقِ الْكَبِيرِ » .
انْتَهَى . ثُمَّ قَالَ : وَأَمَّا إِجْرَاءُ هَذَا الْوَجْهِ فِي الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ ، فَوَاهٍ جِدًّا ؛ لِأَنَّهَا قِيمُ
الْأَشْيَاءِ ، وَقُسْمَتُهَا مُمَكِّنَةٌ ، فَأَيُّ فَائِدَةٍ فِي الْبَيْعِ ؟ وَرَدَّ هَذَا الْوَجْهَ الْأَخِيرَ .

فائدة : هل يجوز للغاصب أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي قَدْرِ مَا لَهُ فِيهِ ، أَمْ لَا ؟ قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ
فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ هُنَا : قَدْ اخْتَلَطَ أَوَّلُهُ وَآخِرُهُ ، أَعْجَبُ إِلَيَّ أَنْ يَتَنَزَّهَ عَنْهُ كُلُّهُ ،
وَيَتَصَدَّقَ بِهِ . وَأَنْكَرَ قَوْلَ مَنْ قَالَ : يُخْرِجُ مِنْهُ قَدْرًا مَا خَالَطَهُ . وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ
فِي « فُنُونِهِ » التَّحْرِيمَ ؛ لِامْتِزَاجِ الْحَلَالِ بِالْحَرَامِ فِيهِ ، وَاسْتِحَالَةِ انْفِرَادِ أَحَدِهِمَا
عَنِ الْآخَرِ . وَعَلَى هَذَا ، لَيْسَ لَهُ إِخْرَاجُ قَدْرِ الْحَرَامِ مِنْهُ بِدُونِ إِذْنِ الْمَعْصُوبِ
مِنْهُ ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ اشْتَرَاكَ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ اسْتِهْلَاكَ ، فَيَتَخَرَّجُ
بِهِ قَدْرُ الْحَرَامِ ، وَلَوْ مِنْ غَيْرِهِ . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالْعِشْرِينَ » .

قوله : وَإِنْ خَلَطَهُ بِدُونِهِ ، أَوْ بَخَيْرٍ مِنْهُ ، أَوْ بَغِيرٍ جِنْسِهِ - يَعْنِي ، عَلَى وَجْهِ لَا
يَتَمَيَّزُ - لَزِمَهُ مِثْلُهُ فِي قِيَاسِ الَّتِي قَبْلَهَا - قَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُعْجَزِ » : قِيَاسُ

رَطُلُ زَيْتٍ وَآخَرَ لَهُ رَطُلُ شَيْرَجٍ اخْتَلَطَا : يُبَاعُ الدُّهْنُ كُلُّهُ [٢٧٩/٤ و]
وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْرٌ حِصَّتِهِ ؛ وَذَلِكَ أَنَّنَا إِذَا فَعَلْنَا ذَلِكَ ، أَوْصَلْنَا
إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَدَلَ عَيْنٍ مَالِهِ . وَإِنْ نَقَصَ الْمَغْضُوبُ عَنْ قِيَمَتِهِ
مُنْفَرِدًا ، فَعَلَى الْغَاصِبِ ضَمَانُ النِّقْصِ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِفِعْلِهِ . وَقَالَ
الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنْ يَلْزَمَ الْغَاصِبُ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ بِالْخَلْطِ
مُسْتَهْلَكًا ، « وَكَذَلِكَ »^(١) لَوْ اشْتَرَى زَيْتًا فَخَلَطَهُ بِزَيْتِهِ ثُمَّ أَفْلَسَ ، صَارَ الْبَائِعُ
كَبَعْضِ الْغُرَمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ الْوُصُولُ إِلَى عَيْنِ مَالِهِ ، فَكَانَ لَهُ بَدْلُهُ ،
كَمَا لَوْ كَانَ تَالِفًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُ أَحْمَدَ عَلَى مَا إِذَا اخْتَلَطَا مِنْ غَيْرِ
غَضَبٍ ، أَمَّا الْمَغْضُوبُ ، فَقَدْ وَجَدَ مِنَ الْغَاصِبِ مَا مَنَعَ الْمَالِكَ أَخْذَ حَقِّهِ
مِنَ الْمِثْلِيَّاتِ مُتَمَيِّزًا^(٢) ، فَلَزِمَهُ مِثْلُهُ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَهُ .

الْمَذْهَبِ يَلْزَمُ الْغَاصِبُ مِثْلُهُ . وَاخْتَارَهُ [١٩٢/٢ و] فِي « الْكَافِي » ، وَإِلَيْهِ مِثْلُ
الشَّارِحِ - وَظَاهِرُ كَلَامِهِ ، أَنَّهُمَا شَرِيكَانِ بِقَدْرِ مِلْكَيْهِمَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي
« الْفُرُوعِ » : فَشَرِيكَانِ بِقَدْرِ حَقِّهِمَا ، كَاخْتِلَاطِهِمَا مِنْ غَيْرِ غَضَبٍ . نَصٌّ
عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا اخْتِيَارُ مَنْ سَمَّيْنَاهُ فِي الْوَجْهِ
الثَّلَاثِ . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ
فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ،
وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِيسِ » . وَقَالَ الْقَاضِي أَيْضًا : مَا تَعَذَّرَ تَمْيِيزُهُ ،

(١-١) فِي تَش ، م ، : « وَلِذَلِكَ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « مُمَيِّزًا » .

فصل : إِلَّا أَنَّهُ إِذَا خَلَطَهُ بِخَيْرٍ مِنْهُ ، وَبَذَلَ لَصَاحِبِهِ مِثْلَ حَقِّهِ مِنْهُ ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَلَ إِلَيْهِ بَعْضَ حَقِّهِ بَعَيْنِهِ ، وَتَبَرَّعَ بِالزِّيَادَةِ فِي مِثْلِ الْبَاقِي . وَإِنْ خَلَطَهُ بِأَدْنَى مِنْهُ ، فَرَضِيَ الْمَالِكُ بِأَخْذِ قَدَرٍ حَقِّهِ مِنْهُ ، لَزِمَ الْغَاصِبَ بَذْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَهُ رَدُّ بَعْضِ الْمَغْضُوبِ وَرَدُّ مِثْلِ الْبَاقِي مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ . وَقِيلَ : لَا يَلْزِمُ الْغَاصِبَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ انْتَقَلَ إِلَى الذِّمَّةِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى عَيْنِ مَالٍ^(١) . وَإِنْ بَذَلَهُ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ فَأَبَاهُ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى قَبُولِهِ ،^(٢) لِأَنَّهُ دُونَ حَقِّهِ ، وَإِنْ تَرَاضِيَا بِذَلِكَ ، جَازَ ، وَكَانَ الْمَالِكُ مُتَبَرِّعًا بِتَرْكِ بَعْضِ حَقِّهِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرُ مِنْ حَقِّهِ^(٣) مِنَ الرَّدِيِّ ، أَوْ دُونَ حَقِّهِ مِنَ الْجَيِّدِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ رَبًّا ، لِكُونِهِ يَأْخُذُ الزِّيَادَةَ فِي الْقَدَرِ عَوَضًا عَنِ الْجَوْدَةِ . وَإِنْ كَانَ بِالْعَكْسِ ، فَرَضِيَ بِأَخْذِ دُونَ حَقِّهِ مِنَ الرَّدِيِّ ، أَوْ سَمَحَ الْغَاصِبُ بِدَفْعِ أَكْثَرِ مِنْ حَقِّهِ مِنَ الْجَيِّدِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُقَابِلَ لِلزِّيَادَةِ ، وَإِنَّمَا هِيَ تَبَرُّعٌ مُجَرَّدٌ . وَإِنْ خَلَطَهُ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ، فَتَرَاضِيَا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرُ مِنْ قَدَرِ حَقِّهِ أَوْ أَقَلَّ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ بَذَلَهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، فَلَا تَحْرُمُ الزِّيَادَةُ بَيْنَهُمَا .

كَتَالِفٍ ، يَلْزِمُهُ عَوَضُهُ مِنْ حَيْثُ شَاءَ . فَشَمِلَ كَلَامُهُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ وَالتَّى قَبْلَهَا . فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ خَلَطَ الزَّيْتُ بِالشَّيْرَجِ ، وَدُفِنَ اللَّوزُ^(١) بِدُهْنِ الْجَوَزِ ، وَدَقِيقُ الْحِنْطَةِ بِدَقِيقِ الشَّعِيرِ ، فَالْمَنْصُوصُ الشَّرَكَةُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ

(١) فِي ر ١ ، م : « مَالِهِ » .

(٢-٢) فِي م : « لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ دُونَ حَقِّهِ » .

(٣) فِي ط : « الْوَرْدِ » .

وَأِنْ غَضِبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ ، أَوْ سَوِيْقًا فَلَتَّهُ بِزَيْتٍ ، فَتَقَصَّتِ الْمَقْنَعُ قِيَمَتُهُمَا ، أَوْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا ، ضَمِنَ النَّقْصَ .

الشرح الكبير

فصل : فَإِنْ خَلَطَهُ بِمَا لَا قِيَمَةَ لَهُ ، كَزَيْتٍ خَلَطَهُ بِمَاءٍ ، أَوْ لَبَنٍ شَابَهُ بِمَاءٍ ، فَإِنْ أُمِّكَنْ تَخْلِيصُهُ خَلَّصَهُ ، وَرَدَّهُ وَرَدَّ نَقْصَهُ [٢٧٩/٤ ظ] وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ تَخْلِيصُهُ ، أَوْ كَانَ ذَلِكَ يُفْسِدُهُ ، لَزِمَهُ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ كَالْهَالِكِ ، وَإِنْ لَمْ ^(١) يُفْسِدْهُ ، رَدَّهُ وَرَدَّ نَقْصَهُ ، وَإِنْ اِخْتِيجَ فِي تَخْلِيصِهِ إِلَى غَرَامَةٍ ، لَزِمَ الْغَاصِبَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ بِسَبِيهِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذِهِ الْفُصُولِ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا .

٢٣٢٤ - مسألة : (وَإِنْ غَضِبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ ، أَوْ سَوِيْقًا فَلَتَّهُ بِزَيْتٍ) وَكَانَ الصَّبْغُ وَالزَّيْتُ مِنْ مَالِ الْغَاصِبِ ، فَإِنْ (نَقَصَتْ قِيَمَتُهُمَا ، أَوْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا ، ضَمِنَ) الْغَاصِبُ (النَّقْصَ) لِأَنَّهُ بَتَعَدِّيهِ ، إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ لِتَغْيِيرِ

الإيناف

الأصحاب ، كَالَّتِي قَبْلَهَا . وَقَدْ شَمِلَهُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، وَجُوبُ الْمِثْلِ عِنْدَ الْقَاضِي . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَظْهَرُ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ خَلَطَ دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ لآخر ، قَتْلَفَ اثْنَانِ ، فَمَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا أَثْلَانًا ، أَوْ نِصْفَيْنِ ، يَتَوَجَّهُ فِيهِ وَجْهَانِ . قَالَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : الَّذِي يَظْهَرُ أَنَّ لِصَاحِبِ الدَّرْهَمَيْنِ نِصْفَ الْبَاقِي ، لَا غَيْرُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ التَّالِفُ مَالَهُ كَامِلًا ، فَيَخْتَصُّ صَاحِبُ الدَّرْهَمِ بِهِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ التَّالِفُ دِرْهَمًا لِهَذَا وَدِرْهَمًا لِهَذَا ، فَيَخْتَصُّ صَاحِبُ الدَّرْهَمَيْنِ بِالْبَاقِي ، فَتَسَاوَا . لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَ ذَلِكَ ، وَمَالُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَمَيِّزٌ قَطْعًا ، بِخِلَافِ الْمَسَائِلِ الْمُتَقَدِّمَةِ . غَايَتُهُ أَنَّهُ أَبْهَمَ عَلَيْنَا .

فائدة : قَوْلُهُ : وَإِنْ غَضِبَ ثَوْبًا ، فَصَبَّغَهُ ، أَوْ سَوِيْقًا ، فَلَتَّهُ بِزَيْتٍ ، فَتَقَصَّتِ

(١) فِي تَش ، م : « كَانَ » .

وَإِنْ لَمْ تَنْقُصْ وَلَمْ تَزِدْ ، أَوْ زَادَتْ قِيمَتُهُمَا ، فَهُمَا شَرِيكَانِ بِقَدْرِ مَالِيَهُمَا ، وَإِنْ زَادَتْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا ، فَالزِّيَادَةُ لِصَاحِبِهِ .

الأسعار ، فلا يَضْمَنُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ .

٢٣٢٥ - مسألة : (وَإِنْ لَمْ تَنْقُصْ وَلَمْ تَزِدْ) مِثْلَ أَنْ كَانَتْ قِيَمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسَةً ، فَصَارَتْ قِيمَتُهُمَا عَشْرَةً ، فَهُمَا شَرِيكَانِ ؛ لِأَنَّ الصَّبْغَ وَالزَّيْتَ عَيْنُ مَالٍ لَهُ قِيَمَةٌ ، فَإِنْ تَرَاضِيَا بِتَرْكِهِمَا ، جَازَ ، وَإِنْ بَاعَاهُ ^(١) ، فَتَمَنَّهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ .

٢٣٢٦ - مسألة : وَإِنْ (زَادَتْ قِيمَتُهُمَا) (وَكَانَتْ الزِّيَادَةُ لَزِيَادَةِ قِيَمَةِ أَحَدِهِمَا ، فَالزِّيَادَةُ لِصَاحِبِهِ ^(٢) . مِثْلَ أَنْ كَانَتْ قِيَمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

قِيمَتُهُمَا ، أَوْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا ، ضَمِنَ النِّقْصَ ، وَإِنْ لَمْ تَنْقُصْ وَلَمْ تَزِدْ ، أَوْ زَادَتْ قِيمَتُهُمَا ، فَهُمَا شَرِيكَانِ بِقَدْرِ مَالِيَهُمَا ، وَإِنْ زَادَتْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا ، فَالزِّيَادَةُ لِصَاحِبِهِ . هَذِهِ الْجُمْلَةُ لَا خِلَافَ فِيهَا . لَكِنْ قَالَ الْحَارِثِيُّ : الضَّمِيرُ فِي نَقَصَتْ قِيمَتُهُمَا ، عَائِدٌ عَلَى الثَّوْبِ وَالصَّبْغِ وَالسُّوَيْقِ وَالزَّيْتِ ؛ لِأَنَّهَا إِحْدَى الْحَالَاتِ الْوَارِدَةِ فِي قِيَمَةِ الْمَالَيْنِ ؛ مِنَ الزِّيَادَةِ ، وَالنِّقْصِ ، وَالتَّسَاوَى . وَفِي عَوْدِهِ عَلَى مَجْمُوعِ الْأُمُورِ ، أَعْنَى الثَّوْبِ وَالصَّبْغِ فِي صُورَةِ النِّقْصِ ، مُنَاقَشَةً ، فَإِنَّ ضَمَانَ الْغَاصِبِ لَا يُتَصَوَّرُ لِنُقْصَانِ الصَّبْغِ ؛ إِذْ هُوَ مَالُهُ ، فَلَا يَجُوزُ إِيْرَادُهُ لِإثْبَاتِ حُكْمِ الضَّمَانِ ، وَالْأَجُودُ أَنْ يُقَالَ : تَنْقُصُ قِيَمَةُ الثَّوْبِ . وَكَذَا قَوْلُهُ : أَوْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا . لَيْسَ بِالْبَجِيدِ ، فَإِنَّهُ مُتَنَاوِلٌ لِحَالَةِ النُّقْصَانِ فِي الصَّبْغِ ، دُونَ الثَّوْبِ . وَلَيْسَ الْأَمْرُ

(١) فِي م : « بَاعَهُ » .

(٢) (٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : تَشْ ، م .

الشرح الكبير

خَمْسَةٌ فَصَارَتْ قِيمَتُهُمَا عِشْرِينَ ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لِرِيَادَةِ الثِّيَابِ فِي السُّوقِ ، كَانَتِ الزِّيَادَةُ لَصَاحِبِ الثَّوْبِ ، وَإِنْ كَانَتْ لِرِيَادَةِ الصَّبْغِ ، فَهِيَ لَصَاحِبِ الصَّبْغِ . وَإِنْ كَانَتْ لِرِيَادَتِهِمَا مَعًا ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ زِيَادَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . فَإِنْ تَسَاوَيَا فِي الزِّيَادَةِ فِي السُّوقِ ، تَسَاوَى صَاحِبَاهُمَا^(١) فِيهَا . وَإِنْ زَادَ أَحَدُهُمَا ثَمَانِيَّةً وَالْآخَرُ اثْنَيْنِ ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا كَذَلِكَ . وَإِنْ زَادَا بِالْعَمَلِ ، فَالزِّيَادَةُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ عَمَلَ الْغَاصِبِ زَادَ بِهِ فِي الثَّوْبِ وَالصَّبْغِ ، وَمَا عَمَلَهُ فِي الْمَغْصُوبِ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ إِذَا كَانَ أَثَرًا ، وَزِيَادَةُ مَالِ الْغَاصِبِ لَهُ .

الإنصاف

كَذَلِكَ ؛ فَإِنَّ الضَّمَانَ لَا يَجِبُ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ بِحَالٍ . وَالصَّوَابُ حَذْفُهُ . غَيْرَ أَنَّ الضَّمَانَ إِنْ فُسِّرَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْغَاصِبِ ، يَكُونُ النِّقْصُ مَحْسُوبًا عَلَيْهِ . وَقِيلَ : بِاسْتِعْمَالِ اللَّفْظِ فِي حَقِيقَتِهِ وَمَجَازِهِ مَعًا ، وَبِاسْتِعْمَالِ الْمُشْتَرَكِ فِي مَذْلُوكَيْهِ مَعًا ، فَيَتِمَّ شَيْءٌ . انْتَهَى . فَإِذَا حَصَلَ النِّقْصَانُ ؛ لَكَوْنِهِ مَصْبُوعًا ، أَوْ لِسُوءِ الْعَمَلِ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ ، وَعَلَى هَذَا يُحْمَلُ إِطْلَاقُ الْمُصَنَّفِ . فَإِذَا كَانَ قِيمَةُ كُلِّ مِنْهُمَا خَمْسَةً ، وَهِيَ الْآنَ بَعْدَ الصَّبْغِ ثَمَانِيَّةً ، فَالنِّقْصُ عَلَى الْغَاصِبِ .^(٢) وَإِنْ كَانَ لَانْخِفَاضِ سِعْرِ الثِّيَابِ ، فَالنِّقْصُ عَلَى الْمَالِكِ ، فَيَكُونُ لَهُ ثَلَاثَةٌ^(٣) . وَإِنْ كَانَ لَانْخِفَاضِ سِعْرِ الصَّبْغِ ، فَالنِّقْصُ عَلَى الْغَاصِبِ ، فَيَكُونُ لَهُ ثَلَاثَةٌ . وَإِنْ كَانَ لَانْخِفَاضِهِمَا مَعًا عَلَى السَّوَاءِ ، فَالنِّقْصُ عَلَيْهِمَا ، لِكُلِّ مِنْهُمَا أَرْبَعَةٌ . هَذَا الصَّحِيحُ . قَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ . وَقِيلَ : يُحْمَلُ النِّقْصُ عَلَى الصَّبْغِ فِي كُلِّ حَالٍ . وَهُوَ قَوْلُ صَاحِبِ « التَّلْخِصِ » .

(١) فِي م : « صَاحِبَاهَا » .

(٢-٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

المقنع وَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا قَلَعَ الصَّبْغَ لَمْ يُجْبَرْ الْآخَرُ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ إِذَا ضَمِنَ الْغَاصِبُ النِّقْصَ .

الشرح الكبير

٢٣٢٧ - مسألة : (وَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا قَلَعَ الصَّبْغَ ، لم يُجْبَرْ الْآخَرُ عليه . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ إِذَا ضَمِنَ) له (الْغَاصِبُ النِّقْصَ) إِذَا أَرَادَ الْغَاصِبُ قَلَعَ الصَّبْغَ ، فقال أصحابنا : له ذلك ، سواءً أَضَرَّ بِالثَّوْبِ أَوْ لَمْ يَضُرَّ ، وَيُضْمَنُ نَقْصَ الثَّوْبِ إِنْ نَقَصَ . وبهذا قال الشافعي ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ ، فَمَلَكَ [٢٨٠/٤] أَخَذَهُ ، كَمَا لَوْ غَرَسَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ . وَلَمْ يُفَرِّقْ

الإنصاف

قوله : فَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا قَلَعَ الصَّبْغَ ، لم يُجْبَرْ الْآخَرُ . هذا المذهب . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، يُجْبَرُ ، وَيُضْمَنُ النِّقْصَ ، سواءً كَانَ الْغَاصِبُ أَوْ الْمَغْضُوبُ مِنْهُ . وَأُطْلِقَهُمَا الْحَارِثِيُّ فِي « شَرْحِهِ » . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ ، إِذَا ضَمِنَ الْغَاصِبُ النِّقْصَ . يَعْنِي ، إِذَا أَرَادَ الْغَاصِبُ قَلَعَ صَبْغِهِ ، وَامْتَنَعَ الْمَغْضُوبُ مِنْهُ ، أُجْبِرَ عَلَى تَمْكِينِهِ مِنْ قَلْعِهِ ، وَيُضْمَنُ النِّقْصَ . وَهَذَا قَدَّمَهُ فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : إِذَا أَرَادَ الْغَاصِبُ قَلَعَ الصَّبْغِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَهُ ذَلِكَ ، سواءً أَضَرَّ بِالثَّوْبِ أَوْ لَمْ يَضُرَّ ، وَيُضْمَنُ نَقْصَ الثَّوْبِ ، إِنْ نَقَصَ . وَلَمْ يُفَرِّقِ الْأَصْحَابُ بَيْنَ مَا هَلَكَ صَبْغُهُ بِالْقَلْعِ ، وَبَيْنَ مَا لَمْ يَهْلِكْ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : وَيَتَّبِعِي أَنْ مَا يَهْلِكُ بِالْقَلْعِ لَا يَمْلِكُ قَلْعَهُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ قَلْعَهُ ، إِذَا تَصَرَّرَ بِهِ الثَّوْبُ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : الْمُشْتَرِي إِذَا بَنَى أَوْ غَرَسَ فِي الْأَرْضِ الْمَشْفُوعَةِ ، فَلَهُ أَخْذُهُ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي أَخْذِهِ ضَرَرٌ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ،

أصحابنا بين ما يَهْلِكُ صَبْغُهُ بِالْقَلْعِ وبين ما لا يَهْلِكُ . قال شيخنا^(١) :
وَيَنْبَغِي أَنْ مَا يَهْلِكُ بِالْقَلْعِ لَا يَمْلِكُ قَلْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ سَفَهُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ
أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ قَلْعُهُ إِذَا تَضَرَّرَ بِهِ الثَّوْبُ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ ، فِي الْمُشْتَرَى إِذَا بَنَى أَوْ
غَرَسَ فِي الْأَرْضِ الْمَشْفُوعَةَ : فَلَهُ أَخْذُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي أَخْذِهِ ضَرَرٌ . وَقَالَ
أَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ إِضْرَارٌ بِالثَّوْبِ الْمَعْصُوبِ ، فَلَمْ يُمَكِّنْ
مِنْهُ ، كَقَطْعِ خِرْقَةٍ مِنْهُ . وَفَارَقَ قَلْعَ الْغَرَسِ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ قَلِيلٌ ، وَيَحْصُلُ
بِهِ نَفْعُ قَلْعِ الْغُرُوقِ مِنَ الْأَرْضِ . وَإِنْ اخْتَارَ الْمَعْصُوبُ مِنْهُ قَلْعَ الصَّبْغِ ،
فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَمْلِكُ إِجْبَارَ الْغَاصِبِ عَلَيْهِ ، كَمَا يَمْلِكُ إِجْبَارَهُ عَلَى
قَلْعِ شَجَرِهِ مِنْ أَرْضِهِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ شَعَلَ مِلْكَهُ بِمِلْكِهِ عَلَى وَجْهِ أَمَكَّنَ
تَخْلِيصُهُ ، فَلَزِمَهُ تَخْلِيصُهُ وَإِنْ اسْتَضَرَّ الْغَاصِبُ ، كَقَلْعِ الشَّجَرِ ، وَعَلَى
الْغَاصِبِ ضَمَانُ نَقْصِ الثَّوْبِ وَأَجْرُ الْقَلْعِ ، كَمَا يَضْمَنُ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ .
وَالثَّانِي ، لَا يَمْلِكُ إِجْبَارَهُ عَلَيْهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ مِنْ قَلْعِهِ ؛ لِأَنَّ الصَّبْغَ يَهْلِكُ
بِالاسْتِخْرَاجِ ، وَقَدْ أَمَكَّنَ وَصُولُ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ بِدُونِهِ بِالْبَيْعِ ، فَلَمْ
يُجَبِّرْ «عَلَى قَلْعِهِ»^(٢) ، كَقَلْعِ الزَّرْعِ مِنَ الْأَرْضِ ، وَفَارَقَ الشَّجَرَ ، فَإِنَّهُ

وَتَبَعَهُ الشَّارِحُ : إِنْ اخْتَارَ الْمَعْصُوبُ مِنْهُ قَلْعَ الصَّبْغِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
يَمْلِكُ إِجْبَارَ الْغَاصِبِ عَلَيْهِ . وَالثَّانِي ، لَا يَمْلِكُ إِجْبَارَهُ عَلَيْهِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا
ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ . انْتَهَى . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ . فَعَلِيَ الْقَوْلُ بِالْإِجْبَارِ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ،
لَوْ نَقَصَ الثَّوْبُ بِالْقَلْعِ ، ضَمِنَهُ الْغَاصِبُ ، بِلَا نِزَاعٍ . وَإِنْ نَقَصَ الصَّبْغُ ، فَقَالَ فِي

(١) فِي : الْمَغْنَى ٤١٥/٧ .

(٢-٢) فِي الْأَصْلِ : «عَلَيْهِ» .

وَأِنْ وَهَبَ الصَّبْعُ لِلْمَالِكِ ، أَوْ وَهَبَهُ تَزْوِيقَ الدَّارِ وَنَحْوَهَا ،

المنع

لَا يَتَلَفُ بِالْقَلْعِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ . وَلَعَلَّهُ أَخَذَ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِ أَحْمَدَ فِي الزَّرْعِ ، وَهَذَا مُخَالِفٌ لِلزَّرْعِ ؛ لِأَنَّ لَهُ غَايَةً يَنْتَهِي إِلَيْهَا ، وَلصَاحِبِ الْأَرْضِ أَخَذَهُ بِنَفَقَتِهِ ، فَلَا يَمْتَنِعُ عَلَيْهِ اسْتِزْجَاعُ أَرْضِهِ فِي الْحَالِ ، بِخِلَافِ الصَّبْعِ ، فَإِنَّهُ لَا نِهَآيَةَ لَهُ إِلَّا تَلَفُ الثَّوْبِ ، فَهُوَ أَشْبَهُ بِالشَّجَرِ ^(١) فِي الْأَرْضِ . وَلَا يَخْتَصُّ وَجُوبُ الْقَلْعِ فِي الشَّجَرِ بِمَا لَا يَتَلَفُ . فَإِنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قَلْعِ مَا يَتَلَفُ وَمَا لَا يَتَلَفُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهْذَيْنِ .

الشرح الكبير

فصل : وَإِنْ بَذَلَ رَبُّ الثَّوْبِ قِيَمَةَ الصَّبْعِ لِلْغَاصِبِ لِيَمْلِكَهُ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى قَبُولِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِجْبَارٌ عَلَى بَيْعِ مَالِهِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ بَذَلَ لَهُ قِيَمَةُ الْغِرَاسِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ عَلَى ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَقْلَعَهُ ، قِيَاسًا عَلَى الشَّجَرِ وَالْبِنَاءِ فِي الْأَرْضِ الْمَشْفُوعَةِ ، وَالْعَارِيَةِ ، وَفِي الْأَرْضِ [٢٨٠/٤ ط] الْمَغْصُوبَةِ إِذَا لَمْ يَقْلَعَهُ الْغَاصِبُ ، وَلِأَنَّهُ أَمْرٌ يَرْتَفِعُ بِهِ النَّزَاعُ ، وَيَتَخَلَّصُ بِهِ أَحَدُهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، فَأُجْبِرَ عَلَيْهِ ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ بَذَلَ الْغَاصِبُ قِيَمَةَ الثَّوْبِ لِصَاحِبِهِ لِيَمْلِكَهُ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ بَذَلَ صَاحِبُ الْغَرَسِ قِيَمَةَ الْأَرْضِ لِمَالِكِهَا فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ .

٢٣٢٨ - مَسْأَلَةٌ : (وَإِنْ وَهَبَ) الْغَاصِبُ (الصَّبْعَ لِلْمَالِكِ) ، أَوْ

الإِنصَافُ « الْكَافِي » : لَا شَيْءَ عَلَى الْمَالِكِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَصَحُّ . وَقَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » : يَضْمَنُهُ الْمَالِكُ [١٩٢/٢ ط] كَمَا فِي الطَّرَفِ الْآخَرِ .

قَوْلُهُ : وَإِنْ وَهَبَ الصَّبْعَ لِلْمَالِكِ ، أَوْ وَهَبَهُ تَزْوِيقَ الدَّارِ ، وَنَحْوَهَا ، فَهَلْ يُلْزَمُ

(١) فِي م : « بِالشَّجَةِ » .

فَهَلْ يَلْزَمُ الْمَالِكُ قَبُولُهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

وَهَبَهُ تَزْوِيقَ الدَّارِ وَنَحْوَهَا ، فَهَلْ (يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ ؟) (عَلَى وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا ، يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّ الصَّبْعَ صَارَ مِنْ صِفَاتِ الْعَيْنِ ، فَهُوَ كَزِيَادَةِ الصِّفَةِ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي الصَّدَاقِ : إِذَا كَانَ ثَوْبًا فَصَبَّغْتَهُ ^(١) ، فَبَذَلْتَ لَهُ نِصْفَهُ مَضْبُوعًا ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ . وَالثَّانِي ، لَا يُجْبَرُ ؛ لِأَنَّهَا أَعْيَانٌ مُتَمَيِّزَةٌ ، فَأَشْبَهَتِ الْغِرَاسَ . وَإِنْ أَرَادَ الْمَالِكُ بَيْعَ الثَّوْبِ ، وَأَبَى الْغَاصِبُ ، فَلَهُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ ، فَلَا يَمْلِكُ الْغَاصِبُ مَنْعَهُ مِنْ بَيْعِ مِلْكِهِ بَعْدَوَانِهِ ، وَإِنْ أَرَادَ الْغَاصِبُ بَيْعَهُ ، لَمْ يُجْبَرَ الْمَالِكُ عَلَى بَيْعِهِ ، لِأَنَّهُ مُتَعَدٌّ ^(٢) ، فَلَمْ يَسْتَحِقْ إِزَالَةَ مِلْكِ صَاحِبِ الثَّوْبِ عَنْهُ بَعْدَوَانِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ ؛ لِيَصِلَ الْغَاصِبُ إِلَى ثَمَنِ صَبْغِهِ .

الْمَالِكُ قَبُولُهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الْفَاتِي » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِير » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ فِي الصَّدَاقِ . وَصَحَّحَهُ الْقَاضِي ، وَصَاحِبُ « الْمُسْتَوْعَب » ، وَ « التَّلْخِص » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ^(٣) ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْفُرُوع » . قُلْتُ : فَيُعَانِي بِهَا . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيح » ، وَ « النَّظْم » . قَالَ الْحَارِثِيُّ فِي التَّزْوِيقِ ، وَنَحْوِهِ : هَذَا أَقْرَبُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

(١) فِي ر ١ : « فَصَبَّغَهُ » .

(٢) فِي م : « مِنْهُ » .

(٣) بَعْدَهُ فِي الْأَصْل : « وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ » .

المقنع وَإِنْ غَضِبَ صَبْغًا فَصَبَّغَ بِهِ ثَوْبًا ، أَوْ زَيْتًا فَلَتْ بِهِ [١٣٩ ط] سَوِيْقًا ، اِحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ تَلْزِمَهُ قِيَمَتُهُ ، أَوْ مِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا .

٢٣٢٩ - مسألة : (وَإِنْ غَضِبَ صَبْغًا فَصَبَّغَ بِهِ ثَوْبًا ، أَوْ زَيْتًا فَلَتْ بِهِ سَوِيْقًا ، اِحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ) كما إِذَا غَضِبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ ، حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ ، إِذَا كَانَ الثَّوْبُ وَالسَّوِيْقُ لِلْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ خَلَطَ الْمَغْضُوبَ بِمَا لَهُ . (وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزِمَهُ قِيَمَتُهُ ، أَوْ مِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا) لِأَنَّ الْمَغْضُوبَ الصَّبْغُ ، وَقَدْ تَفَرَّقَ فِي الثَّوْبِ وَتَلَفَ ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ .

الشرح الكبير

فائدتان ؛ إحداهما ، لو طَلَبَ المَالِكُ تَمَلُّكَ الصَّبْغِ بِالْقِيَمَةِ ، فَقَالَ القَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لَا يُجْبَرُ الْغَاصِبُ عَلَى الْقَبُولِ . وَاخْتَارَاهُ . قَالَهُ فِي « الْقَوَاعِدِ » . وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ وَجْهًا بِالْإِجْبَارِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ . الثَّانِيَةُ ، لو نَسَجَ الْعَزَلَ الْمَغْضُوبَ ، أَوْ قَصَرَ الثَّوْبَ ، أَوْ عَمِلَ الْحَدِيدَ إِثْرًا ، أَوْ سَيُوفًا ، وَنَحْوَ ذَلِكَ ، وَوَهَبَ لِمَالِكِهِ ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ . وَلَوْ سَمَّرَ بِمَسَامِيرِهِ بَابًا مَغْضُوبًا ، ثُمَّ وَهَبَ الْمَسَامِيرَ لِرَبِّ الْبَابِ ، لَمْ يَلْزِمَهُ قَبُولُهَا . قَطَعَ بِهِ الْأَكْثَرُ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الْمُسْتَوْعَبِ » ، وَ« التَّلْخِصِ » ، وَ« الرُّعَايَةِ » . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فِي الْأَصَحِّ . وَقِيلَ : يَلْزِمُهُ .

الإنصاف

قوله : وَإِنْ غَضِبَ صَبْغًا ، فَصَبَّغَ بِهِ ثَوْبًا ، أَوْ زَيْتًا ، فَلَتْ بِهِ سَوِيْقًا ، اِحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ . يَعْنِي ، يَكُونَانِ شَرِيكَيْنِ بِقَدْرِ مَالِيَهُمَا ، كَمَا لَوْ غَضِبَ ثَوْبًا ، فَصَبَّغَهُ بِصَبْغٍ مِنْ عِنْدِهِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَلَمْ يَذْكُرِ الْأَصْحَابُ سِوَاهُ فِي صُورَةِ الصَّبْغِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ« الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » ،

وَأِنْ غَضِبَ ثَوْبًا وَصِبْغًا ، فَصَبَّغَهُ بِهِ ، رَدَّهُ وَأَرَشَ نَقْصِهِ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ فِي زِيَادَتِهِ .

٢٣٣٠ - مسألة : (وَأِنْ غَضِبَ ثَوْبًا وَصِبْغًا ، فَصَبَّغَهُ بِهِ ، رَدَّهُ وَأَرَشَ نَقْصِهِ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ فِي زِيَادَتِهِ) إِذَا غَضِبَ ثَوْبًا وَصِبْغًا مِنْ وَاحِدٍ ، فَصَبَّغَهُ بِهِ ، فَلَمْ تَزِدْ قِيَمَتَهُمَا وَلَمْ تَنْقُصْ ، أَوْ زَادَتْ الْقِيَمَةُ ، رَدَّهُمَا وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ لِلْغَاصِبِ شَيْءٌ فِي الزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَهُ فِي الصَّبْغِ أَثَرٌ لَا عَيْنٌ ، وَإِنْ نَقَصَ ، لَزِمَهُ ضَمَانُ النِّقْصِ ؛ لِأَنَّهُ بَتَعَدِّيهِ ، إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ لَتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ .

فصل : وَأِنْ غَضِبَ ثَوْبَ رَجُلٍ وَصِبْغَ آخَرَ ، فَصَبَّغَهُ بِهِ ، فَإِنْ كَانَتِ الْقِيَمَتَانِ [٢٨١/٤] بِحَالِهِمَا فَهُمَا شَرِيكَانِ بِقَدْرِ مَا لِيَهُمَا ، وَإِنْ زَادَتْ ، فَالزِّيَادَةُ لَهُمَا ، وَإِنْ نَقَصَتْ بِالصَّبْغِ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْغَاصِبِ ، وَيَكُونُ النِّقْصُ ^(١) مِنْ صَاحِبِ الصَّبْغِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَدَّدَ فِي الثَّوْبِ ، وَيَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْغَاصِبِ ، وَإِنْ نَقَصَ لِنَقْصِ سِغْرِ الثِّيَابِ أَوْ الصَّبْغِ ، أَوْ لِنَقْصِ سِغْرِهُمَا ،

و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَاحْتَمَلَ أَنْ تَلْزِمَهُ قِيَمَتُهُ ، أَوْ مِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ؛ لِأَنَّ الصَّبْغَ وَالزَّيْتَ صَارَا مُسْتَهْلَكَيْنِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ أَتْلَفَهُمَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا مِمَّا أَنْفَرَدَ بِهِ فِي الْكِتَابِ . قَالَ : وَيَتَخَرَّجُ مِثْلُهُ فِي الصُّورَةِ السَّابِقَةِ ، بِمَعْنَى أَنَّهُ يَضِيعُ الصَّبْغُ عَلَى الْغَاصِبِ ، وَيَأْخُذُهُ الْمَالِكُ مَجَانًا . وَأُطْلِقَ الْاِحْتِمَالَيْنِ فِي « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » .

(١) سقط من : الأصل .

فصل : وَإِنْ وَطِئَ الْجَارِيَّةُ ، فَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَالْمَهْرُ ، وَإِنْ كَانَتْ مُطَاوِعَةً ، وَأُرْشُ الْبَكَارَةِ . وَعَنْهُ ، لَا يَلْزَمُهُ مَهْرُ الثَّيِّبِ .

لم يَضْمَنْهُ الغَاصِبُ ، وَكَانَ نَقْصُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ . وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ الصَّبْغِ قَلْعَهُ ، أَوْ أَرَادَ ذَلِكَ صَاحِبُ الثَّوْبِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ صَبَّغَهُ الْغَاصِبُ بِصَبْغٍ مِنْ عِنْدِهِ ، عَلَى مَا مَرَّ بَيَانُهُ . وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا غَصَبَ سَوِيْقًا فَلْتَهُ بَرِيْتٌ ، أَوْ عَسَلًا وَنَشَاءً ، فَعَقْدَهُ حَلَوَاءً ، حُكْمٌ مَا لَوْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ ، عَلَى مَا ذَكَرَ فِيهِ .

فصل : قَالَ الشَّيْخُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَإِنْ وَطِئَ الْجَارِيَّةُ ، فَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَالْمَهْرُ وَأُرْشُ الْبَكَارَةِ وَإِنْ كَانَتْ مُطَاوِعَةً) إِذَا غَصَبَ جَارِيَةً فَوَطِئَهَا فَهُوَ زَانٍ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ زَوْجَةً وَلَا مِلْكٌ لِيَمِينٍ ، وَعَلَيْهِ حَدُّ الزَّانِي إِنْ كَانَ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ ؛ «لَأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ عَلَيْهَا وَلَا شُبْهَةَ مِلْكٍ» . وَعَلَيْهِ مَهْرُ

قوله : وَإِنْ وَطِئَ الْجَارِيَّةُ ، فَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَالْمَهْرُ ، وَإِنْ كَانَتْ مُطَاوِعَةً ، وَأُرْشُ الْبَكَارَةِ . هَذَا الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَصَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» ، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَ«النَّظْمِ» ، وَ«الْفَاتِحِ» ، وَ«شَرْحِ الْحَارِثِيِّ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، لَا يَلْزَمُهُ مَهْرٌ لِلثَّيِّبِ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي «التَّنْبِيهِ» ، وَالْخِرَقِيُّ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَلَمْ

وَإِنْ وَلَدَتْ ، فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ لِلسَّيِّدِ .

المنع

الشرح الكبير

مِثْلِهَا ، مُكْرَهَةٌ كَانَتْ أَوْ مُطَاوَعَةً . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا مَهْرَ لِلْمُطَاوَعَةِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ مَهْرِ الْبَغْيِ . (مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١)) . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَهْرَ حَقٌّ لِلسَّيِّدِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِمُطَاوَعَتِهَا ، كَمَا لَوْ أُذِنَتْ فِي قَطْعِ يَدِهَا ، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ لِلسَّيِّدِ يَجِبُ مَعَ الْإِكْرَاهِ ، فَيَجِبُ مَعَ الْمُطَاوَعَةِ ، كَأَجْرِ مَنَافِعِهَا ، وَالْخَبَرُ مَحْمُولٌ عَلَى الْحُرَّةِ . وَيَجِبُ أَرْضُ بَكَارَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ^(٢) بَدَلُ جُزْءٍ مِنْهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي مَهْرِ الْبِكْرِ ، وَلِهَذَا يَزِيدُ عَلَى مَهْرِ الثَّيِّبِ عَادَةً ؛ لِأَجْلِ مَا يَتَضَمَّنُهُ مِنْ تَفْوِيتِ الْبَكَارَةِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُضْمَنُ مُتَفَرِّدًا ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ وَطِئَهَا ثَيِّبًا وَجَبَ مَهْرُهَا ، وَإِذَا اقْتَضَاهَا بِإِصْبَعِهِ ، وَجَبَ أَرْضُ بَكَارَتِهَا ، فَكَذَلِكَ وَجَبَ أَنْ يَضْمَنَهُمَا إِذَا اجْتَمَعَا (وعنه ، لَا يَلْزَمُهُ مَهْرُ الثَّيِّبِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَنْقُصْهَا ، وَلَمْ يُؤْلَمْهَا ، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَبَّلَهَا . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى .

٢٣٣١ - مسألة : (وَإِنْ وَلَدَتْ ، فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ لِلسَّيِّدِ) لِأَنَّهُ مِنْ

الإِنصاف

يُوجِبُ عَلَيْهِ سِوَى أَرْضِ الْبَكَارَةِ . نَقَلَهُ عَنْهُ فِي « الْفَائِقِ » . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : عَدَمُ لُزُومِ مَهْرِ الثَّيِّبِ بَعِيدٌ . وَعَنْهُ ، لَا يَلْزَمُهُ أَرْضُ الْبَكَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي مَهْرِهَا . وَهُوَ احْتِمَالٌ فِي « الْمُعْنَى » وَغَيْرِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ وَاهٍ . وَعَنْهُ ، لَا مَهْرَ مَعَ الْمُطَاوَعَةِ . ذَكَرَهُ الْآمِدِيُّ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَهُوَ جَيِّدٌ .

قوله : وَإِنْ وَلَدَتْ ، فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ لِلسَّيِّدِ . وَهَذَا بِلَا نِزَاعٍ . لَكِنْ لَوْ أَنْفَصَلَ

(١ - ١) سقط من : تش ، والحديث تقدم تخريجه في ٤٤/١١ .

(٢) في تش ، م : « لأنها » .

نَمَائِهَا وَأَجْزَائِهَا ، وَلَا يَلْحَقُ نَسَبُهُ بِالوَاطِئِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ زِنَى . وَإِنْ وَضَعْتَهُ حَيًّا ، وَجَبَ [٢٨١/٤ ط] رَدُّهُ مَعَهَا ، كَزَوَائِدِ الْعَصَبِ ، وَإِنْ أَسْقَطْتَهُ مَيِّتًا ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ حَيَاتَهُ قَبْلَ هَذَا . هَذَا قَوْلُ الْقَاضِي . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ عِنْدَ أَصْحَابِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ : يَجِبُ ضَمَانُهُ بِقِيمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا . نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنُهُ لَوْ سَقَطَ بِضَرْبِهِ ، وَمَا يُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ ، يَضْمَنُهُ الْغَاصِبُ إِذَا تَلَفَ فِي يَدِهِ ، كَأَجْرَةِ الْأَرْضِ . قَالَ شَيْخُنَا ^(١) : وَالْأَوَّلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَنَّهُ يَضْمَنُهُ بَعْشَرِ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي يَضْمَنُهُ بِهِ بِالْجِنَايَةِ . وَإِنْ وَضَعْتَهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ ، ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ .

مَيِّتًا ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَاتَ بِجِنَايَةٍ ، أَوْ لَا ، فَإِنْ كَانَ مَاتَ بِجِنَايَةٍ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ تَكُونَ مِنَ الْغَاصِبِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ؛ فَإِنْ كَانَتْ مِنَ الْغَاصِبِ ، فَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا : عَلَيْهِ عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالْأَوَّلَى أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ ، أَوْ عُشْرِ قِيمَةِ أُمِّهِ . وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ مِنْ غَيْرِ الْغَاصِبِ ، فَعَلَيْهِ عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ ، بِلَا نِزَاعٍ ، يَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وَالْقَرَارُ عَلَى الْجَانِي . وَإِنْ كَانَ مَاتَ مِنْ غَيْرِ جِنَايَةٍ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ« الشَّرْح » ، وَ« الْفُرُوع » ، وَ« الْفَائِق » . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » . وَقِيلَ : يَضْمَنُهُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَالْمُصَنِّفُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَصَحُّ . فَعَلَى الْقَوْلِ بِالضَّمَانِ ، فَقِيلَ : يَضْمَنُهُ بَعْشَرِ قِيمَةِ أُمِّهِ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ . وَقِيلَ : بِقِيمَتِهِ ، لَوْ

(١) فِي : الْمَغْنَى ٣٩٢/٧ .

الشرح الكبير

٢٣٣٢ - مسألة : (وَيُضْمَنُ نَقْصَ الْوِلَادَةِ) وَلَا يَنْجَبِرُ بزيادتها بالوَلَدِ . وهذا مَذْهَبُ الشافعي . وقال أبو حنيفة : يَنْجَبِرُ نَقْصُهَا بِوَلَدِهَا . ولنا ، أَنَّ وَلَدَهَا مِلْكٌ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ ، فَلَا يَنْجَبِرُ بِهِ نَقْصٌ حَصَلَ بِجِنَايَةِ

كَانَ حَيًّا . اخْتَارَهُ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » . وَيَحْتَمِلُ الضَّمَانُ بِأَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا أَقْيَسُ .

فَوَائِدُ ؛ الْأَوَّلَى ، قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالْوَجْهَانِ جَارِيَانِ فِي حَمْلِ الْبَهِيمَةِ الْمَعْصُوبَةِ ، إِذَا انفَصَلَ كَذَلِكَ . الثَّانِيَةُ ، قَوْلُهُ : وَلَوْ وَلَدَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ ، ضَمِنَهُ بِقِيَمَتِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَظَاهِرُ كَلَامِ النَّازِمِ أَنَّ فِيهِ الْخِلَافَ الْمُتَقَدِّمَ . الثَّالِثَةُ ، لَوْ قَتَلَهَا الْغَاصِبُ بِوَطْنِهِ ، وَجَبَتْ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ . نَقَلَهُ مُهَنَّأٌ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » . الرَّابِعَةُ ، هَذَا الْحُكْمُ فِيمَا تَقَدَّمَ ، إِذَا كَانَ عَالِمًا ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ جَاهِلًا بِالتَّحْرِيمِ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ لِلْغَاصِبِ . نَصَّ عَلَيْهِ . فَإِنْ انفَصَلَ حَيًّا ، فَعَلَى الْغَاصِبِ فِدَاؤُهُ يَوْمَئِذٍ ، وَإِنْ انفَصَلَ مَيِّتًا مِنْ غَيْرِ جِنَايَةٍ ، فغَيْرُ مَضْمُونٍ بِلَا خِلَافٍ ، وَإِنْ كَانَ بِجِنَايَةٍ ، فَعَلَى الْجَانِي الضَّمَانُ ، فَإِنْ كَانَ مِنَ الْغَاصِبِ ، فَغُرَّةٌ مَوْرُوثَةٌ عَنْهُ ، لَا يَرِثُ الْغَاصِبُ مِنْهَا شَيْئًا ، وَعَلَيْهِ لِلْسَّيِّدِ عَشْرُ قِيَمَةِ الْأُمِّ . وَإِنْ [١٩٣/٢] كَانَ مِنْ غَيْرِ الْغَاصِبِ ، فَعَلَيْهِ الْغُرَّةُ ، يَرِثُهَا الْغَاصِبُ دُونَ أُمِّهِ ، وَعَلَى الْغَاصِبِ عَشْرُ قِيَمَةِ الْأُمِّ لِلْمَالِكِ . الْخَامِسَةُ ، لَوْ غَصَبَهَا حَامِلًا ، فَوَلَدَتْ عَنْده ، ضَمِنَ نَقْصَ الْوِلَادَةِ . كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ . وَفِي فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ ، فَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يُضْمَنُ بِأَكْثَرِ مَا كَانَتْ قِيَمَتُهُ . وَفِي

الغاصب ، كالتقص الحاصل بغير الولادة . وإن ضرب الغاصب بطنها ، فالقت الجنين ميتاً ، فعليه عشر قيمة أمه ، وإن فعله أجنبي ، ففيه مثل ذلك ، وللمالك تضمين أيهما شاء ، ويستقر الضمان على الضارب ؛ لأن الإلتلاف وجد منه . وإن ماتت الجارية ، فعليه قيمتها أكثر ما كانت . ويدخل في ذلك أرض بكاريتها ونقص ولادتها ، ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها . ولا فرق في هذه الأحوال بين المكرهة والمطوعة ؛ لأنها حقوق لسيدها ، فلا تسقط بمطاعيتها ، وقد ذكرنا الخلاف في مهر المطوعة . فأما حقوق الله تعالى من الحد والإثم^(١) والتعزير ، فإن كانت مطوعة عالمة بالتحريم ، فعليها الحد إذا كانت من أهله ، وإلا فلا .

فصل : فإن كان الغاصب جاهلاً بتحريم ذلك ؛ لقرب عهده بالإسلام ، أو ناشئاً ببادية بعيدة يخفى عليه مثل هذا ، أو اعتقدها أمته ، فوطئها^(٢) ، ثم بان أنها غيرها ، فلا حد عليه ؛ لأن الحدود تدرك بالشبهات ، وعليه المهر وأرض البكارة . وإن حملت ، فالولد حر ؛ لا اعتقاده أنها ملكه ، ويلحقه النسب ؛ لمكان الشبهة . وإن وضعته ميتاً ، لم يضممنه ؛ لأنه لم يعلم حياته [٢٨٢/٤] ولأنه لم يحل بينه وبينه ، وإنما

« المستوعب » ، و « التلخيص » ، هل يلزمه قيمته يوم مات ، أو أكثر ما كانت ؟ على روايتين . قال الحارثي : والمذهب الاعتبار بحالة الموت . وإن انفصل ميتاً ، فعلى ما تقدم من التفصيل . وإن ماتت الأم بالولادة ، وجب ضمانها .

(١) سقط من : تش ، م .

(٢) في تش ، م : « فأخذها » .

وَأِنْ بَاعَهَا ، أَوْ وَهَبَهَا لِعَالِمٍ بِالْغَضَبِ فَوَطَّئَهَا ، فَلِلْمَالِكِ
تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ ، نَقَصَهَا وَمَهَرَهَا وَأَجْرَتَهَا وَقِيمَةَ وَلَدِهَا إِنْ

الشرح الكبير

وَجِبَ تَقْوِيمُهُ لِأَجْلِ الْحَيْلُولَةِ . وَإِنْ وَضَعْتَهُ حَيًّا ، فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ
انْفِصَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَ عَلَيْهِ رِقَّةً بِاعْتِقَادِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَقْوِيمُهُ حَمَلًا ، فَقَوْمٌ
عَلَيْهِ^(١) عِنْدَ انْفِصَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلُ حَالِ إِمْكَانِ تَقْوِيمِهِ ، وَلِأَنَّهُ وَقَّتْ
الْحَيْلُولَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ . وَإِنْ ضَرَبَ الْغَاصِبُ بَطْنَهَا ، فَالَّتَتْ جَنِينًا مَيِّتًا ،
فَعَلَيْهِ غُرَّةٌ ، قِيمَتُهَا خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ ، مَوْزُوثةٌ عَنْهُ ، لَا يَرِثُ الضَّارِبُ
مِنْهَا شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ جَنِينًا حُرًّا ، وَعَلَيْهِ لِلْسَّيِّدِ عَشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّ
الْإِسْقَاطَ لَمَّا تَعَقَّبَ الضَّرْبَ نُسِبَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ حُصُولُهُ بِهِ ، وَضَمَانُهُ
لِلْسَّيِّدِ ضَمَانُ الْمَمَالِكِ ، وَلِهَذَا لَوْ وَضَعْتَهُ حَيًّا ، قَوْمَنَاهُ مَمْلُوكًا . وَإِنْ
ضَرَبَهُ أَجْنَبِيٌّ ، فَعَلَيْهِ غُرَّةٌ دِيَّةُ الْجَنِينِ الْحُرِّ ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، وَتَكُونُ
مَوْزُوثةٌ عَنْهُ ، وَعَلَى الْغَاصِبِ عَشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنُهُ ضَمَانُ
الْمَمَالِكِ ، وَقَدْ فَوَّتَ رِقَّةً عَلَى السَّيِّدِ ، وَحَصَلَ التَّلَفُ فِي يَدَيْهِ . وَالْحُكْمُ
فِي الْمَهْرِ ، وَالْأَرْشِ ، وَالْأَجْرِ ، وَنَقْصِ الْوِلَادَةِ ، وَقِيمَتِهَا إِنْ تَلَفَتْ ،
عَلَى مَا ذَكَرْنَا إِنْ كَانَا عَالِمِينَ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ حُقُوقُ الْآدَمِيِّينَ ، فَلَا تَسْقُطُ
بِالْجَهْلِ وَالْخَطَأِ ، كَالدِّيَّةِ .

٢٣٣٣ - مسألة : (وَإِنْ بَاعَهَا ، أَوْ وَهَبَهَا لِعَالِمٍ بِالْغَضَبِ فَوَطَّئَهَا ،
فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ نَقَصَهَا وَمَهَرَهَا وَأَجْرَتَهَا وَقِيمَةَ وَلَدِهَا إِنْ تَلَفَ ،

وكذلك لو غصبه مريضًا ، فمات في يده بذلك المرض . جزم به الحارثي .

الإنصاف

قوله : وَإِنْ بَاعَهَا ، أَوْ وَهَبَهَا لِعَالِمٍ بِالْغَضَبِ ، فَوَطَّئَهَا ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أَيُّهُمَا

(١) بعده في ق : « عبدا » .

المقنع تَلَفَ ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ ، رَجَعَ عَلَى الْآخِرِ ، وَلَا يَرْجِعُ الْآخَرُ عَلَيْهِ .

فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ ، رَجَعَ عَلَى الْآخِرِ ، وَلَا يَرْجِعُ الْآخَرُ عَلَيْهِ (تَصَرَّفُ الْغَاصِبُ فِي الْعَيْنِ الْمَعْصُوبَةِ ^(١) فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَفِيهِ اخْتِلَافٌ نَذَرُوه إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . فَإِذَا بَاعَ الْجَارِيَةَ الْمَعْصُوبَةَ ، أَوْ وَهَبَهَا لِلْعَالِمِ بِالْعَصَبِ فَوَطَّئَهَا ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ السَّبَبُ فِي إِصَالِهَا إِلَى الْمُشْتَرَى ، وَلَهُ تَضْمِينُ الْمُشْتَرَى وَالْمُتَّهَبِ ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَلِفُ ، وَيَسْتَقَرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْمُشْتَرَى ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا غَاصِبٌ ، لِأَنَّ الْعَصَبَ الْأَسْتِيلَاءُ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ قَهْرًا بِغَيْرِ حَقٍّ ، وَقَدْ وَجَدَ مِنْهُمَا ، وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَلْزَمُهُ رَدُّهَا إِذَا كَانَتْ فِي يَدِهِ ، لِأَنَّ يَدَهُ عَلَيْهَا بِغَيْرِ حَقٍّ ، وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَ » ^(٢) . وَيَلْزَمُ الْمُشْتَرَى كُلُّ مَا يَلْزَمُ الْغَاصِبَ مِنَ النِّقْصِ [٢٨٢/٤ ظ] وَالْمَهْرِ وَغَيْرِهِ ، لِأَنَّهُ غَاصِبٌ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا دَلِيلَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا ، إِلَّا أَنَّ الْمَالِكَ إِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ ، رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرَى وَالْمُتَّهَبِ ، وَلَا يَرْجِعُ ^(٣) الْآخَرُ عَلَى الْغَاصِبِ بِمَا ضَمَّنَهُ ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَلِفُ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ .

الإِنصَافُ شَاءَ نَقَصَهَا ، وَمَهَرَهَا ، وَأُجْرَتَهَا ، وَقِيمَةَ وَلَدِهَا ، إِنْ تَلَفَ ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ ، رَجَعَ عَلَى الْآخِرِ ، وَلَا يَرْجِعُ الْآخَرُ عَلَيْهِ . وَهَذَا بِلاَ نِزَاعٍ أَعْلَمُهُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ« الْحَارِثِيِّ » ،

(١) فِي تَشْ ، م : « الْمَضْمُونَةُ » .

(٢) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي ٤٨١/١٤ .

(٣) بَعْدَهُ فِي ر ، ق : « الْمُشْتَرَى » .

وَأِنْ لَمْ يَعْلَمَا بِالْعَصَبِ فَضَمَّنَهُمَا ، رَجَعَا عَلَى الْغَاصِبِ .
المقنع

الشرح الكبير

٢٣٣٤ - مسألة : (وإن لم يَعْلَمَا بِالْعَصَبِ فَضَمَّنَهُمَا ، رَجَعَا عَلَى الْغَاصِبِ) إذا باع الغاصبُ الجارية ، فبيعه فاسدٌ ؛ لما ذكرنا . وفيه روايةٌ أُخرى ، أنه يصحُّ ، ويقفُّ على إجازة المالك . (١) وقد ذكرناه في البيع^(١) . وفيه روايةٌ ثالثة ، أن البيع يصحُّ ؛ لما نذكره . والتفريع على الرواية الأولى . والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الغاصب ، إلا أن المشتري إذا ادعى الجهالة ، قبل منه ، بخلاف الغاصب ، فإنه

الإنصاف

وغيرهم .

قوله : وإن لم يَعْلَمَا بِالْعَصَبِ ، فَضَمَّنَهُمَا ، رَجَعَا عَلَى الْغَاصِبِ . اعلم أن بيع الغاصب العين المغضوبة غير صحيح مطلقاً ، على المذهب . وفيه رواية ، يصحُّ ، ويقفُّ على إجازة المالك . وحكى فيه رواية ثالثة ، يصحُّ البيع . على ما يأتي في تصرفات الغاصب ، والتفريع على المذهب . وكذا الهبة غير صحيحة . إذا علمت ذلك ، فهما بمنزلة الغاصب في جواز تضمينهما ما كان الغاصب يضمّنه . على الصحيح من المذهب . قال في أوّل « القاعدة الثالثة والتسعين » : من قبض مغضوباً من غاصبه ، ولم يعلم أنه مغضوبٌ ، فالمشهور عن الأصحاب ، أنه بمنزلة الغاصب في جواز تضمينه ما كان الغاصب يضمّنه ؛ من عينٍ ومنفعةٍ . انتهى . وقطع به في « المحرر » ، وغيره من الأصحاب .

وقوله : فَضَمَّنَهُمَا ، رَجَعَا عَلَى الْغَاصِبِ . يعنى ، إذا ضمّن المشتري أو المتهب نقصها ، ومهرها ، وأجرتها ، وقيمة ولدها ، وأرّش البكارة ، إن كانت

(١ - ١) سقط من : تش ، م .

المقنع **وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ،**

الشرح الكبير

لا يُقْبَلُ منه إِلَّا بِالشَّرْطِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَيَجِبُ رَدُّ الْجَارِيَةِ إِلَى سَيِّدِهَا ، وَلِلْمَالِكِ مُطَالَبَةُ أَيُّهُمَا شَاءَ بِرَدِّهَا ؛ لِأَنَّ الْغَاصِبَ أَخَذَهَا بِغَيْرِ حَقٍّ ، وَالْمُشْتَرَى أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ أَيْضًا ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُودَى » . وَهَذَا لَا خِلَافَ فِيهِ بِحَمْدِ اللَّهِ تَعَالَى . وَيُلْزَمُ الْمُشْتَرَى الْمَهْرُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ نِكَاحٍ ، وَعَلَيْهِ أَرْشُ الْبَكَارَةِ وَنَقْصُ الْوِلَادَةِ ، كَالْغَاصِبِ . وَيُلْزَمُ ذَلِكَ مَعَ الْجَهْلِ ؛ لِأَنَّ الْإِتْلَافَ لَا يُعْذَرُ فِيهِ بِالْجَهْلِ وَالنَّسْيَانِ .

٢٣٣٥ - مسألة : (وَإِنْ وَلَدَتْ) مِنْهُ (فَالْوَلَدُ حُرٌّ) لِأَنَّهُ اعْتَقَدَ أَنَّهُ يَطَأُ مَمْلُوكَتَهُ ، فَمَنَعَ ذَلِكَ أَنْ يَخْلُقَ الْوَلَدَ رَقِيقًا ، وَيَلْحَقَهُ النَّسَبُ ، وَعَلَيْهِ فِدَاؤُهُمْ ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَ رِقَّتَهُمْ عَلَى السَّيِّدِ بِاعْتِقَادِهِ حِلَّ الْوَطْءِ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَدْ نَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْمُشْتَرَى لَا يُلْزَمُهُ فِدَاءُ أَوْلَادِهِ ، وَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ بَدَلُهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا فِي حَالِ الْعُلُوقِ أَوْ أَرْحَامًا ، وَلَمْ تَكُنْ لَهُمْ قِيَمَةٌ حِينَئِذٍ . قَالَ الْخَلَّالُ : أَحْسَبُهُ قَوْلًا لِأَبِي

الإنصاف

بَكْرًا ، رَجَعَا عَلَى الْغَاصِبِ بِذَلِكَ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ فِي الْجُمْلَةِ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ جَعْفَرٍ فِي الْفِدَاءِ ، وَفِي رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ مَنْصُورٍ ، عَلَى الْمَهْرِ . وَيَأْتِي التَّفْصِيلُ فِي ذَلِكَ عِنْدَ ذِكْرِ الرِّوَايَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا الْمُصَنِّفُ ، وَالْخِلَافُ .

قوله : **وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ -** بِلَا نِزَاعٍ - وَيَفْدِيهِ بِمِثْلِهِ فِي صِفَاتِهِ تَقْرِيبًا . يَجِبُ فِدَاءُ الْوَلَدِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، وَجَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، وَالْمَيْمُونِيِّ ، وَيَعْقُوبَ بْنَ بَخْتَانَ . قَالَه

وَيَفْدِيهِ بِمِثْلِهِ فِي صِفَاتِهِ تَقْرِيًّا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْتَبَرَ مِثْلُهُ فِي الْمَقْعِ الْقِيَمَةِ ، وَعَنْهُ ، يَضُمُّهُ بِقِيَمَتِهِ .

الشرح الكبير

عبد الله أَوَّلَ ، والذي أَذْهَبُ إِلَيْهِ أَنَّهُ^(١) يَفْدِيهِمْ . وقد نَقَلَ ابنُ مَنْصُورٍ أَيْضًا ، وَجَعَفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ . وهو قولُ أبي حنيفة ، والشافعي . وَيَفْدِيهِمْ بِيَدْلِهِمْ يَوْمَ الْوَضْعِ . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يَجِبُ يَوْمَ الْمُطَالَبَةِ ؛ لِأَنَّ وَلَدَ الْمَغْضُوبِ لَا يَضُمُّهُ عِنْدَهُ إِلَّا بِالْمَنْعِ ، وقبل الْمُطَالَبَةِ لم يَحْصُلْ مَنَعٌ ، فلم يَجِبْ . وقد ذَكَرْنَا فيما مَضَى أَنَّهُ يَخْذُلُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ ، وَقَوْمَ يَوْمَ وَضْعِهِ ؛ [٢٨٣/٤] لِأَنَّهُ أَوَّلُ حَالٍ أُمْكِنَ تَقْوِيمُهُ .

٢٣٣٦ - مسألة : (وَيَفْدِيهِ بِمِثْلِهِ فِي صِفَاتِهِ تَقْرِيًّا) هذا ظاهرُ قولِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُمْ أَخْرَارٌ ، وَالْحُرُّ لَا يُضْمَنُ بِقِيَمَتِهِ . وقال أبو بكر : يَفْدِيهِمْ

الإنصاف

الْحَارِثِيُّ . ونقل ابنُ مَنْصُورٍ عن أحمد ، لا يَلْزَمُ الْمُشْتَرَى فِدَاءُ أَوْلَادِهِ ، وليس لِلسَّيِّدِ بِدْلُهُمْ ؛ لِأَنَّهُ انْعَقَدَ حُرًّا . قال الْخَلَّالُ : أَحْسَبُهُ قَوْلًا لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ أَوَّلَ ، والذي أَذْهَبَ إِلَيْهِ ، أَنَّهُ يَفْدِيهِمْ . قال الْحَارِثِيُّ : وَالْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ . ولم يُعَوَّلِ الْأَصْحَابُ عَلَى هَذِهِ الرُّوَايَةِ .

قوله : بِمِثْلِهِ فِي صِفَاتِهِ تَقْرِيًّا . يعنى ، مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إِلَى الْقِيَمَةِ وَالْمِثْلِ فِي الْجِنْسِ وَالسَّنِّ . لَكِنْ قال الْحَارِثِيُّ : أَمَّا السَّنُّ ، فَلَا يَخْلُو مِنْ نَظَرٍ ، وَفِدَاؤُهُ بِمِثْلِهِ فِي صِفَاتِهِ تَقْرِيًّا هو إِحْدَى الرُّوَايَاتِ عَنْ أَحْمَدَ . قال ابنُ مُنْجَى : هذا المذهب . واختارها الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ . قال الْحَارِثِيُّ : وهى اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ ، وَأَبِي بَكْرٍ فِي

(١) سقط من : الأصل .

بِمِثْلِهِمْ فِي الْقِيَمَةِ . وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً ثَالِثَةً ، أَنَّهُ يَفْدِيهِمْ بِقِيَمَتِهِمْ . حَكَاهَا أَبُو الْخَطَّابِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَهِيَ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ

الشرح الكبير

« التَّنْبِيهِ » ، وَالْقَاضِيَيْنِ ؛ أَبِي يَعْلَى ، وَيَعْقُوبَ بْنَ إِبْرَاهِيمَ فِي « تَغْلِيْقِيَهُمَا » ، وَأَبِي الْخَطَّابِ فِي « رُءُوسِ مَسَائِلِهِ » ، وَالشَّرِيفَ أَبِي الْقَاسِمِ الزَّيْدِيَّ ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَالشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْحَسَنِ ابْنُ بَكْرٍ : وَهِيَ أَصَحُّ . انْتَهَى . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هُوَ مُخْتَارُ الْخِرَقِيِّ ، وَالْقَاضِي ، وَعَامَّةُ أَصْحَابِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْتَبَرَ مِثْلُهُ فِي الْقِيَمَةِ ، وَهُوَ لِأَبِي الْخَطَّابِ . وَهُوَ وَجْهٌ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَرَوَايَةٌ فِي « الْمُحَرَّرِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَنُسِبَ إِلَى اخْتِيَارِ أَبِي بَكْرٍ . قُلْتُ : قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ عَنْهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَاتِحِ » . وَتَضَمَّنَتْهُ الْمِثْلُ مِنَ الْمُفْرَدَاتِ . وَعَنْهُ ، يَضْمَنُهُ بِقِيَمَتِهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، عَلَى مَا اضْطَلَّخْنَاهُ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » ، وَابْنُ الزَّاغُونِيِّ . قَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » : وَهُوَ أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ نَصٌّ عَلَى أَنَّ الْحَيَوَانَ لَا مِثْلَ لَهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الْأُئِمَّةِ الثَّلَاثَةِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَعَنْهُ ، يَضْمَنُهُ بَايَهُمَا شَاءَ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « الْمُفْتِخِ » . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : وَعَنْهُ ، يَفْدِي كُلُّ وَصِيفٍ بَوْصِيفَيْنِ ، أَوْ رَدَّهُ السَّامَرِيُّ وَغَيْرُهُ عَنْ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، فِي مَقْرُورِ النِّكَاحِ .

الإنصاف

تَنْبِيهِ : حَيْثُ قُلْنَا : يَفْدِيهِ ؛ إِمَّا بِالْمِثْلِ أَوْ الْقِيَمَةِ . فَيَكُونُ ذَلِكَ يَوْمَ وَضْعِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي ، وَالشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالْمَجْدُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ مِنْ

وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ .

المقنع

الله تعالى ؛ لأنَّ الْحَيَوَانَ ليس بمِثْلِيٍّ ، فَيُضْمَنُ بِقِيَمَتِهِ^(١) ، كَسَائِرِ الْمُتَقَوِّمَاتِ ، وَلأنَّه لو أَتْلَفَهُ ضَمِنَهُ بِقِيَمَتِهِ ، كذلك هذا .

٢٣٣٧ - مسألة : (وَيَرْجِعُ) بذلك (على الغاصبِ) يَعْنِي بِالْمَهْرِ وما فَدَى به الأولادَ ؛ لأنَّ الْمُشْتَرَى دَخَلَ على أن يُسَلِّمَ له الأولادَ ، وأن يَتِمَّكَنَ مِنَ الوَطْءِ بِغَيْرِ عَوْضٍ ، فإذا لم يُسَلِّمَ له ذلك ، فقد غَرَّه البائعُ ، فَيَرْجِعُ به عليه . وإن كانتِ الجاريةُ باقيةً ، رَدَّها إلى سَيِّدِها ، ولا يَرْجِعُ بِبَدْلِها ؛ لأنَّها مِلْكُ الْمَغْضُوبِ منه ، رَجَعَتْ عليه ، لكنَّه يَرْجِعُ على الغاصبِ بِالثَّمَنِ الذي أَخَذَهُ منه ؛ لقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تُؤَدِّيَ »^(٢)

الأصحابِ . وقَدَّمَهُ في « الفروع » ، و « الفائق » ، و « الزَّرْكَشِيُّ » ، الإنصاف وغيرهم . وعنه ، يكونُ الْفِدَاءُ يَوْمَ الْخُصُومَةِ . وهو ظاهرُ كَلَامِ أَحْمَدَ في [١٩٣/٢ ظ] رِوَايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، وَجَعْفَرٍ . وهو وَجْهٌ في « الفائق » . قال الْحَارِثِيُّ : وعن ابنِ أَبِي مُوسَى حِكَايَةُ وَجْهِ ؛ الْاِغْتِبَارُ يَوْمَ الْحُكُومَةِ .

قوله : وَيَرْجِعُ بذلك على الغاصبِ . يَعْنِي ، بما فَدَى به الأولادَ . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وذكر ابنُ عَقِيلٍ رِوَايَةً ، لا يَرْجِعُ بِفِدَاءِ الْوَلَدِ .

(١) في الأصل : « بمثله » .

(٢) تقدم تخريجه في ٤٨١/١٤ .

المقنع وَإِنْ تَلَفَتْ ، فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا ، وَلَا يَرْجِعُ بِهَا إِنْ كَانَ مُشْتَرِيًا ، وَيَرْجِعُ بِهَا الْمُتَّهَبُ .

٢٣٣٨ - مسألة : (وَإِنْ تَلَفَتْ ، فعليه قيمتها) لما ليكها ، كما يلزمه نقضها (ولا يرجع بها) على الغاصب (إن كان مشتريًا) لأن المشتري دخل مع الغاصب على أن يكون ضامنًا لذلك بالثمن ، فإذا ضمنه القيمة لم يرجع بها ، لكنه يرجع بالثمن ؛ لأن البيع باطل ، فلم يدخل الثمن في ملك الغاصب ، كما لو وجد العين باقية فأخذها المالك ، فإنه يرجع بالثمن . فأما المتَّهَبُ ، فيرجع بالقيمة على الغاصب ؛ لأنه دخل مع الغاصب على^(١) أن يسلم له العين ، فينبغي أن يرجع بما غرم من قيمتها على الغاصب ، كقيمة الأولاد .

قوله : وَإِنْ تَلَفَتْ ، فعليه قيمتها ، ولا يرجع بها ، إن كان مشتريًا ، ويرجع بها المتَّهَبُ . إذا تلفت عند المشتري ، فعليه قيمتها للمعصوب منه ، ولا يرجع على الغاصب بالقيمة . على الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، وأكثرهم قطع به . وفي « المعنى » ، في باب الرهن ، رواية باستقرار الضمان على الغاصب ، فلا يرجع على المشتري . وحكاها في « الكافي » ، في باب المضاربة وجها . وصرح القاضي بمثل ذلك في « خلافة » . قاله ابن رجب ، وقال : هو عندي قياس المذهب . وقواه ، واستدل له بمسائل ونظائر . فعلى هذا ، يرجع على الغاصب بذلك كله ، ويرجع بالثمن ، بلا نزاع . وعلى المذهب ، يأخذ من الغاصب ثمنها ، ويأخذ أيضًا نفقته وعمله من البائع العار . قاله الشيخ تقي

(١) في الأصل : « قبل » .

وَعَنْهُ [١٤٠] ، أَنَّ مَا حَصَلَتْ لَهُ بِهِ مَنَفَعَةٌ ، كَالْأَجْرَةِ وَالْمَهْرِ ^{المقنع} وَأَرْضِ الْبَكَارَةِ ، لَا يَرْجِعُ بِهِ .

٢٣٣٩ - مسألة : (وعنه ، أَنَّ مَا حَصَلَتْ لَهُ بِهِ مَنَفَعَةٌ ، كَالْأَجْرَةِ ^{الشرح الكبير} وَالْمَهْرِ وَأَرْضِ الْبَكَارَةِ ، لَا يَرْجِعُ بِهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمَالِكَ إِذَا رَجَعَ

الدَّيْنِ ، وَقَالَ فِي « الْفَتَاوَى الْمِصْرِيَّةِ » : لَوْ بَاعَ عَقَارًا ، ثُمَّ خَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي عَالِمًا ، ضَمِنَ الْمَنَفَعَةَ ، سِوَاءِ أَنْتَفَعَ بِهَا أَوْ لَمْ يَنْتَفِعْ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، فَقَرَأَ الضَّمَانِ عَلَى الْبَائِعِ الظَّالِمِ ، وَإِنْ انْتَزَعَ الْمَبِيعُ مِنْ يَدِ الْمُشْتَرِي ، فَأُخِذَتْ مِنْهُ الْأَجْرَةُ ، وَهُوَ مَعْرُوفٌ ، رَجَعَ بِذَلِكَ عَلَى الْبَائِعِ الْعَارِ . انْتَهَى . وَفِي « التَّرْغِيبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، اِحْتِمَالُ بَأْنِ الْمُشْتَرِي يَرْجِعُ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّمَنِ . وَبِهِ جَزَمَ ابْنُ الْمُنَيِّ فِي « خِلَافِهِ » وَفِي « التَّرْغِيبِ » أَيْضًا ، لَا يُطَالَبُ بِالزِّيَادَةِ الْحَاصِلَةِ قَبْلَ قَبْضِهِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : قُلْتُ : وَإِطْلَاقُ الْأَصْحَابِ يَقْتَضِي ، لَا رُجُوعَ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّمَنِ . وَفِيهِ نَظَرٌ . انْتَهَى . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، فِي « فِتَاوَاهِ » : وَإِنْ أَنْفَقَ عَلَى أَيْتَامٍ غَاصِبٍ وَصِيَّهُ ، مَعَ عِلْمِهِ بِأَنَّهُ غَاصِبٌ ، لَمْ يَرْجِعْ ، وَإِلَّا رَجَعَ ؛ لِأَنَّ الْمُوصِي غَرَّهُ . انْتَهَى . وَأَمَّا إِذَا تَلَفَتْ عِنْدَ الْمُتَهَبِّ ، فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا لِرَبِّهَا ، وَيَرْجِعُ بِمَا غَرَّمَهُ عَلَى الْغَاصِبِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَرْجِعُ مُتَهَبٌّ فِي الْأَصَحِّ . وَقِيلَ : لَا يَرْجِعُ ، كَالْمُشْتَرِي . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَفِي « الْكَافِي » ، رِوَايَةٌ بَعْدَ الرُّجُوعِ فِيمَا إِذَا تَلَفَ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّمَ مَا أَتْلَفَهُ . انْتَهَى .

قوله : وعنه ، أَنَّ مَا حَصَلَتْ لَهُ بِهِ مَنَفَعَةٌ ؛ كَالْأَجْرَةِ ، وَالْمَهْرِ ، وَأَرْضِ الْبَكَارَةِ ، لَا يَرْجِعُ بِهِ . هذه الرواية عائدة إلى قوله : وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْغَاصِبِ ،

على المُشْتَرَى ، فَأَرَادَ الْمُشْتَرَى الرُّجُوعَ عَلَى الْغَاصِبِ ، فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْرُبٍ ؛ ضَرْبٌ لَا يَرْجِعُ بِهِ ، وَهُوَ قِيمَتُهَا إِنْ تَلَفَتْ فِي يَدِهِ وَأَرَشُ بَكَارَتِهَا . وَفِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى^(١) ، أَنَّهُ يَرْجِعُ بِهِ ، كَالْمَهْرِ ، وَبَدَلِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهَا ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ مَعَ الْغَاصِبِ عَلَى أَن يَكُونَ ضَامِنًا لَذَلِكَ [٢٨٣/٤ ط] بِالثَّمَنِ ، فَإِذَا ضَمِنَهُ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ . وَضَرْبٌ يَرْجِعُ بِهِ ، وَهُوَ بَدَلُ الْوَلَدِ إِذَا وَلَدَتْ

الشرح الكبير

فَضَمَّنَهُمَا ، رَجَعَا عَلَى الْغَاصِبِ . لَكِنَّ هَذِهِ الرِّوَايَةَ رَجَعَ عَنْهَا أَحْمَدُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَاعْلَمْ أَنَّ الرِّوَايَةَ بَعْدَ الرُّجُوعِ رَجَعَ عَنْهَا أَحْمَدُ . قَالَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ « الرِّوَايَتَيْنِ » : رَجَعَ عَنْ قَوْلِهِ ، بِحَدِيثٍ عَلَى . وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ ، فَلَا يَكُونُ عَدَمُ الرُّجُوعِ مَذْهَبًا لَهُ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الْأُمُورِ أَصْلًا وَفَرْعًا . انْتَهَى كَلَامُ الْحَارِثِيِّ . قُلْتُ : إِذَا رَجَعَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ عَنْ قَوْلٍ ، فَهَلْ يُتْرَكُ ، وَلَا يُذَكَّرُ ، لِرُجُوعِهِ عَنْهُ ؟ أَوْ يُذَكَّرُ وَيُثَبَّتُ فِي التَّصَانِيفِ ؟ تَقَدَّمَ حُكْمُ ذَلِكَ فِي الْخُطْبَةِ ، وَبَابِ التَّيْمِمِ . وَاعْلَمْ أَنَّ الْمَالِكَ إِذَا رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرَى ، وَأَرَادَ الْمُشْتَرَى الرُّجُوعَ عَلَى الْغَاصِبِ ، لَا يَخْلُو مِنْ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا لَا يَرْجِعُ بِهِ ، وَهُوَ قِيمَتُهَا ، إِذَا تَلَفَتْ كُلُّهَا ، أَوْ جُزْؤُهَا فِي يَدِهِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنَ الْخِلَافِ . وَالثَّانِي ، فِيهِ خِلَافٌ ، وَالتَّرْجِيحُ مُخْتَلِفٌ ، وَهُوَ أَرَشُ الْبَكَارَةِ ، وَالْمَهْرُ ، وَأُجْرَةُ نَفْعِهَا . فَأَمَّا أَرَشُ الْبَكَارَةِ ، فَقَدَّمَ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، أَنَّهُ يَرْجِعُ بِهِ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : اخْتَارَهُ الْخِرَقِيُّ ، قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ . انْتَهَى . قَالَ الزُّرْكَشِيُّ : ^(٢) « الرُّجُوعُ اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ ، وَالْقَاضِي ، وَعَامَّةُ أَصْحَابِهِ ^(٣) . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ،

الإينصاف

(١) سقط من : الأصل .

(٢-٢) سقط من : ط .

الشرح الكبير

منه ؛ لَأَنَّهُ دَخَلَ مَعَهُ فِي الْعَقْدِ عَلَى أَنْ لَا يَكُونَ الْوَلَدُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ ^(١) ، وَلَمْ يَحْصُلْ مِنْ جِهَتِهِ إِتْلَافٌ ، وَإِنَّمَا الشَّرْعُ اتَّلَفَهُ بِحُكْمِ بَيْعِ الْغَاصِبِ مِنْهُ ، وَكَذَلِكَ نَقَصُ الْوِلَادَةِ . وَضُرِبَ اخْتِلَافٌ فِيهِ ، وَهُوَ مَهْرٌ مِثْلُهَا ، وَأَجْرٌ نَفْعُهَا ، وَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَرْجِعُ بِهِ . وَهُوَ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ ؛ لَأَنَّهُ

و « الْمُنَوَّرِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْحِ » ، الْإِنْصَافِ ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَأَبُو بَكْرٍ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَأَمَّا الْمَهْرُ وَأَجْرَةُ النَّفْعِ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَرْجِعُ بَهُمَا عَلَى الْغَاصِبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » . وَقَدَّمَهُ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، وَصَاحِبُ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَرُجُوعُهُ بِالْمَهْرِ عَلَى الْغَاصِبِ مِنَ الْمُفْرَدَاتِ . وَعَنْهُ ، لَا يَرْجِعُ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : اخْتَارَهُ الْخِرَقِيُّ ، وَأَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ عَقِيلٍ . قُلْتُ : الْمَصْرُوحُ بِهِ فِي « الْخِرَقِيِّ » ، رُجُوعُ الْمُشْتَرَى بِالْمَهْرِ . قَالَ الزُّرْكَانِيُّ : يَرْجِعُ بِالْمَهْرِ عِنْدَ الْخِرَقِيِّ ، وَالْقَاضِي ، وَعَامَّةُ أَصْحَابِهِ ، وَلَعَلَّهُ سَهَوَ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي الْمَهْرِ ، فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي الْمَهْرِ ، وَالْأَجْرَةِ ، فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، [١٩٤/٢] وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . الثَّلَاثُ ، مَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَهُوَ قِيَمَةُ الْوَلَدِ ، كَمَا تَقَدَّمَ .

(١) سقط من : تش ، م .

المقنع وَإِنْ ضَمَّنَ الْعَاصِبَ ، رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرَى بِمَا لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير دَخَلَ فِي (١) الْعَقْدِ عَلَى أَنْ يُتْلَفَهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فَإِذَا غَرِمَهُ رَجَعَ بِهِ ، كَبَدَلِ الْوَلَدِ ، وَنَقْصِ الْوِلَادَةِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَرْجِعُ بِهِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ غَرِمَ مَا اسْتَوْفَى بَدَلَهُ ، فَلَا يَرْجِعُ ، كَقِيَمَةِ الْجَارِيَةِ ، وَبَدَلِ أَجْزَائِهَا . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالرَّوَايَتَيْنِ .

٢٣٤٠ - مسألة : (فَإِنْ ضَمَّنَ الْعَاصِبَ ، رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرَى بِمَا لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ) ("كُلُّ مَا") لَوْ رَجَعَ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرَى لَا يَرْجِعُ بِهِ

الإنصاف وَالرَّابِعُ ، مَا يَرْجِعُ بِهِ قَوْلًا وَاحِدًا ، وَهُوَ نَقْصُ وَلَادَةٍ ، وَمَنْفَعَةٌ فَائِتَةٌ . جَزَمَ بِهِ فِي «الْفُرُوعِ» ، وَجَزَمَ بِهِ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي «الْكَافِي» ، وَ«الْمُعْنَى» ، فِي نَقْصِ الْوِلَادَةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَأَدْخَلَهُ الْبَاقُونَ فِيمَا يَرْجِعُ بِهِ ، كَمَا فِي الْمَثْنِ .

فائدة : حُكْمُ الْمُتَهَبِ حُكْمُ الْمُشْتَرَى . وَقَدْ حَكَى الْمُصَنِّفُ هُنَا وَصَاحِبُ «الْمُحَرَّرِ» وَجَمَاعَةٌ فِيهِ الرَّوَايَتَيْنِ . وَحَكَى الْخِلَافَ فِي «الْمُعْنَى» وَجَهَيْنِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّوَابُ ، فَإِنَّهُ مَقِيسٌ عَلَى نَصِّهِ .

فائدة أخرى : حُكْمُ الثَّمَرَةِ وَالْوَلَدِ الْحَادِثِ فِي الْمَبِيعِ ، حُكْمُ الْمَنَافِعِ ، إِذَا ضَمَّنَهَا ، رَجَعَ بِبَدَلِهَا عَلَى الْعَاصِبِ . وَكَذَلِكَ الْكَسْبُ . صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي «خِلَافِهِ» ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ انْتَفَعَ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ، فَيُخَرَّجَ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ .

قوله : وَإِنْ ضَمَّنَ الْعَاصِبَ ، رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرَى بِمَا لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ . اعْلَمْ أَنَّ

(١) سقط من : م .

(٢-٢) فِي الْأَصْلِ ، م : « كَا » .

المُشْتَرَى عَلَى الْغَاصِبِ ، إِذَا رَجَعَ بِهِ الْمَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ رَجَعَ الْغَاصِبُ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرَى ، وَكُلُّ مَا لَوْ رَجَعَ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرَى رَجَعَ بِهِ الْمُشْتَرَى عَلَى الْغَاصِبِ ، إِذَا غَرِمَهُ الْغَاصِبُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرَى ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ اسْتَقَرَّ عَلَى الْغَاصِبِ . فَإِنْ رَدَّهَا حَامِلًا ، فَمَاتَتْ مِنَ الْوَضْعِ ، فَهِيَ مَضْمُونَةٌ عَلَى الْوَاطِئِ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهِ .

لِلْمَالِكِ تَضَمُّينَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، أَعْنَى الْغَاصِبَ وَمَنْ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ مِنْهُ ، فَإِنْ ضَمَّنَ غَيْرَ الْغَاصِبِ ، فَقَدْ تَقَدَّمَ حُكْمُ رُجُوعِهِ عَلَى الْغَاصِبِ وَعَدَمِهِ ، وَإِنْ رَجَعَ عَلَى الْغَاصِبِ ، وَهُوَ مَا قَالَهُ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، فَهُوَ أَرْبَعَةُ أَضْرَابٍ ؛ أَحَدُهَا ، قِيَمَةُ الْعَيْنِ . فَهَذَا إِذَا رَجَعَ الْمَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ ، يَرْجِعُ الْغَاصِبُ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرَى . الثَّانِي ، قِيَمَةُ الْوَلَدِ . فَإِذَا رَجَعَ بِهَا عَلَى الْغَاصِبِ ، لَمْ يَرْجِعِ الْغَاصِبُ عَلَى الْمُشْتَرَى ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَتَقَدَّمَ رِوَايَةُ ذِكْرِهَا ابْنُ عَقِيلٍ ، أَنَّ الْمَالِكَ إِذَا ضَمَّنَ الْمُشْتَرَى لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ . فَتَأْتِي الرِّوَايَةُ هُنَا ، أَنَّ الْغَاصِبَ إِذَا ضَمَّنَهُ الْمَالِكُ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرَى . الثَّلَاثُ ، الْمَهْرُ ، وَأَرْشُ الْبَكَارَةِ ، وَالْأَجْرَةُ ، وَنَحْوُهُ . فَعَلَى الْقَوْلِ بِرُجُوعِ الْمُشْتَرَى ، وَالْمُتَّهَبِ عَلَى الْغَاصِبِ ، إِذَا ضَمَّنَهُمَا الْمَالِكُ هُنَا ، لَا يَرْجِعُ الْغَاصِبُ عَلَيْهِمَا هُنَا ، إِذَا ضَمَّنَهُ الْمَالِكُ . وَعَلَى الْقَوْلِ أَنَّهُمَا لَا يَرْجِعَانِ ، يَرْجِعُ الْغَاصِبُ عَلَيْهِمَا هُنَا . الرَّابِعُ ، نَقْصُ الْوِلَادَةِ ، وَالْمَنْفَعَةُ الْفَائِئَةُ . فَإِنْ رَجَعَ الْمَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ الْغَاصِبُ عَلَى الْمُشْتَرَى ، قَوْلًا وَاحِدًا ، عَلَى قَوْلِ صَاحِبِ « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَهَذَا كُلُّهُ قَدْ شَبَّهِهُ قَوْلُ الْمُصَنِّفِ : وَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبُ ، رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرَى بِمَا لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ . فَحَيْثُ ضَمَّنَ الْمُشْتَرَى ، وَقُلْنَا : يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ إِذَا ضَمَّنَ الْغَاصِبُ . لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُشْتَرَى . وَعَكْسُهُ بَعَكْسِهِ .

المقنع وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ فَمَاتَ الْوَلَدُ ، ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ ، وَهَلْ يَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْغَاصِبِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٣٤١ - مسألة : (وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ فَمَاتَ الْوَلَدُ ، ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ) إِذَا اشْتَرَى الْجَارِيَةَ الْمَغْضُوبَةَ مَنْ لَا يَعْلَمُ بِذَلِكَ ، فَزَوْجُهَا لغيرِ عَالِمٍ بِالْعُصْبِ ، فَوَلَدَتْ مِنَ الزَّوْجِ ، فَهُوَ مَمْلُوكٌ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ زَوَائِدِهَا وَنَمَائِهَا ، فَيَكُونُ مَضْمُونًا عَلَى مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ بِقِيمَتِهِ إِذَا تَلَفَ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ ، وَلَيْسَ بِمِثْلِيٍّ (وَهَلْ يَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْغَاصِبِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا ضَمِنَ الْمُشْتَرِي مَا حَصَلَ لَهُ ^(١) بِهِ نَفْعٌ ، وَوَجْهُ الرِّوَايَتَيْنِ مَا سَبَقَ .

فصل : إِذَا وَهَبَ الْمَغْضُوبَ لِعَالِمٍ بِالْعُصْبِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ،

الإنصاف

قوله : وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ ، فَمَاتَ الْوَلَدُ ، ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ ، وَهَلْ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . مِثَالُ ذَلِكَ ، أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي جَاهِلًا بِعُصْبِهَا ، فَيَزَوِّجُهَا لغيرِ عَالِمٍ بِالْعُصْبِ ، فَتَلِدَ مِنْهُ ، فَهُوَ مَمْلُوكٌ ، فَيَضْمَنَهُ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ بِقِيمَتِهِ ، إِذَا تَلَفَ . وَهَلْ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي ضَمَانِ النَّفْعِ إِذَا تَلَفَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُغْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَرْجِعُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّ الصَّحِيحَ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِأَجْرَةِ النَّفْعِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ قَرِيبًا ، فَكَذَا هَذَا . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَرْجِعُ .

(١) سقط من : م .

وَأَنْ أَعَارَهَا فَتَلَفَتْ عِنْدَ الْمُسْتَعِيرِ ، اسْتَقَرَّ ضَمَانُ قِيمَتِهَا عَلَيْهِ ،
وَضَمَانُ الْأَجْرَةِ عَلَى الْغَاصِبِ .

الشرح الكبير

وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ غَاصِبٌ ، وَلَمْ يَغْرَهُ أَحَدٌ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ
فَلِصَاحِبِهَا^(١) تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ ، وَيَرْجِعُ الْمُتَّهَبُ عَلَى الْوَاحِبِ بِقِيَمَةِ
الْعَيْنِ وَالْأَجْرِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَهُ . [٢٨٤/٤] وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : أَيُّهُمَا ضَمَّنَ ، لَمْ
يَرْجِعْ عَلَى الْآخَرِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُتَّهَبَ دَخَلَ عَلَى أَنْ تُسَلَّمَ لَهُ الْعَيْنُ ، فَيَجِبُ
أَنْ يَرْجِعَ بِمَا غَرَمَ مِنْ قِيمَتِهَا ، كَقِيَمَةِ الْأَوْلَادِ ، فَإِنَّهُ وَافَقْنَا عَلَى الرُّجُوعِ
بِهَا . فَأَمَّا الْأَجْرُ وَالْمَهْرُ وَأَرْشُ الْبَكَارَةِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ
فِي الْمُشْتَرَى .

٢٣٤٢ - مسألة : (وَإِنْ أَعَارَهَا فَتَلَفَتْ عِنْدَ الْمُسْتَعِيرِ ، اسْتَقَرَّ
ضَمَانُ قِيمَتِهَا عَلَيْهِ ، وَضَمَانُ الْأَجْرَةِ عَلَى الْغَاصِبِ) (إِذَا أَعَارَ الْعَيْنُ
الْمَعْصُوبَةَ فَتَلَفَتْ عِنْدَ الْمُسْتَعِيرِ ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ أَجْرَهَا
وَقِيمَتَهَا) ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْمُسْتَعِيرُ مَعَ عِلْمِهِ بِالْغَضَبِ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ،

قوله : (وَإِنْ أَعَارَهَا فَتَلَفَتْ عِنْدَ الْمُسْتَعِيرِ ، اسْتَقَرَّ ضَمَانُ قِيمَتِهَا عَلَيْهِ وَضَمَانُ
الْأَجْرَةِ عَلَى الْغَاصِبِ . إِذَا اسْتَعَارَهَا مِنَ الْغَاصِبِ عَالِمًا بِغَضَبِهَا ، فَلَهُ تَضْمِينُ
الْغَاصِبِ ، وَالْمُسْتَعِيرِ ؛ فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبُ ، رَجَعَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، وَإِنْ ضَمَّنَ
الْمُسْتَعِيرُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْغَاصِبِ مُطْلَقًا . وَإِنْ كَانَ غَيْرَ عَالِمٍ بِالْغَضَبِ ، فَضَمَّنَ
الْمُسْتَعِيرُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْغَاصِبِ بِقِيَمَةِ الْعَيْنِ ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِضَمَانِ الْمَنْفَعَةِ .

(١) فِي تَشْ ، م : « فَلِصَاحِبِهِ » .

(٢-٢) سَقَطَ مِنْ : تَشْ ، م .

وإن ضَمَّنَ الغَاصِبَ ، رَجَعَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ . وإن لم يَكُنْ عَليمَ بِالْعَصَبِ فَضَمَّنَهُ ، لم يَرْجِعْ بِقِيَمَةِ الْعَيْنِ ؛ لَأَنَّهُ قَبَضَهَا عَلَى أَنَّهَا مَضْمُونَةٌ عَلَيْهِ . وفي الرُّجُوعِ بِالْأَجْرِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَرْجِعُ ؛ لَأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنَّ الْمَنَافِعَ لَهُ ^(١) غَيْرَ مَضْمُونَةٍ عَلَيْهِ . والثاني ، لا يَرْجِعُ بِهِ ؛ لَأَنَّهُ انْتَفَعَ بِهَا ، فَقَدْ

على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَهُوَ قَوْلُ الْمُصَنِّفِ ، وَضَمَانُ الْأَجْرَةِ عَلَى الْغَاصِبِ . وعنه ، لا يَرْجِعُ بِضَمَانِ الْمَنْفَعَةِ ، إِذَا تَلَفَتْ بِالْاِسْتِيفَاءِ ، وَيَسْتَقَرُّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ فِي مُقَابَلَةِ الْاِنْتِفَاعِ . قال في « القواعد » : وإن ضَمَّنَ الْغَاصِبُ الْمَنْفَعَةَ اِبْتِدَاءً ، ففِيهِ طَرِيقَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْبِنَاءُ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ . فَإِنْ قُلْنَا : لا يَرْجِعُ الْقَاضِضُ عَلَيْهِ إِذَا ضَمَّنَ اِبْتِدَاءً ، رَجَعَ الْغَاصِبُ هُنَا عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ ، وَمَنْ اتَّبَعَهُ ، وَالْقَاضِى ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، فِي مَوْضِعٍ . وَالطَّرِيقُ الثَّانِي ، لا يَرْجِعُ الْغَاصِبُ عَلَى الْقَاضِضِ ، قَوْلًا وَاحِدًا . قَالَ الْقَاضِى ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، فِي مَوْضِعٍ آخَرَ .

فائدة : ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، فِيْمَا إِذَا انْتَقَلَتِ الْعَيْنُ مِنْ يَدِ الْغَاصِبِ إِلَى يَدِ غَيْرِهِ ، ثَلَاثَ مَسَائِلَ ؛ مَسْأَلَةُ الشَّرَاءِ ، وَمَسْأَلَةُ الْهَبَةِ ، وَمَسْأَلَةُ الْعَارِيَةِ . وَتَقَدَّمَ الْكَلَامُ عَلَيْهَا . وَقَدْ ذَكَرَ الْعَلَّامَةُ ابْنُ رَجَبٍ فِي « قَوَاعِدِهِ » ، أَنَّ الْأَيْدِيَ الْقَاضِضَةَ مِنَ الْغَاصِبِ ، مَعَ عَدَمِ الْعِلْمِ بِالْحَالِ ، عَشْرَةٌ ؛ مِنْهَا الثَّلَاثَةُ الْمَذْكُورَةُ الَّتِي ذَكَرَهَا الْمُصَنِّفُ ، وَلَكِنْ نَعِيدُ ذِكْرَ يَدِ الْمُتْهَبِ ؛ لِأَجْلِ نَظَائِرِهَا فِي الْيَدِ الثَّاسِعَةِ . فَالْيَدُ الثَّلَاثَةُ ، الْغَاصِبَةُ مِنَ الْغَاصِبِ ، وَحَقُّهَا أَنْ تَكُونَ أُولَى ؛ لِأَنَّهَا كَالْأَصْلِ لِلْأَيْدَى ؛ [١٩٤/٢ ظ] وَهُوَ أَنَّ الْيَدَ الْغَاصِبَةَ مِنَ الْغَاصِبِ يَتَعَلَّقُ بِهَا الضَّمَانُ ، كَأَصْلِهَا ، وَيَسْتَقَرُّ عَلَيْهَا مَعَ التَّلَفِ تَحْتَهَا ، وَلَا يُطَالَبُ بِمَا زَادَ عَلَى مُدَّتِهَا . الْيَدُ الرَّابِعَةُ ، يَدُ آخِذَةِ لِمَصْلَحَةِ الدَّافِعِ ؛ كَالِاسْتِيفَادَةِ ، وَالْوَكَالَةِ بِغَيْرِ جُعْلٍ ،

(١) سقط من : تش ، م .

اَسْتَوْفَى بَدَلَ مَا غَرِمَ . وكذلك الْحُكْمُ فيما تَلَفَ مِنَ الْأَجْزَاءِ ^(١) بالاسْتِعْمَالِ . إذا كانتِ الْعَيْنُ وَقْتَ الْقَبْضِ أَكْثَرَ قِيَمَةً مِنْ يَوْمِ التَّلَفِ ، فَضَمِنَ الْأَكْثَرَ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَرْجَعَ بِمَا بَيْنَ الْقِيَمَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ ، وَلَمْ يَسْتَوْفِ بَدَلَهُ . فَإِنْ رَدَّهَا الْمُسْتَعِيرُ عَلَى الْغَاصِبِ ، لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتَ الْمِلْكَ عَلَى مَالِكِهِ بِتَسْلِيمِهِ إِلَى غَيْرِ مُسْتَحَقِّهِ . وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْغَاصِبِ إِنْ حَصَلَ التَّلَفُ فِي يَدِهِ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْمُوَدَّعِ .

فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ لِلْمَالِكِ تَضْمِينَهَا ، ثُمَّ يَرْجِعُ بِمَا ضَمَّنَ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِتَغْرِيرِهِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ بِاسْتِقْرَارِ الضَّمَانِ عَلَيْهَا ، وَلِتَلَفِ الْمَالِ تَحْتَهَا مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ . صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، فِي بَابِ الْمُضَارَبَةِ . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ : وَيَخْرُجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، لَا يَجُوزُ تَضْمِينُهَا بِحَالٍ ، مِنْ الْوَجْهِ الْمَحْكِيِّ كَذَلِكَ فِي الْمُرْتَهَنِ وَنَحْوِهِ ، وَأَوَّلَى . وَخَرَجَهُ الشَّيْخُ تَقَى الدِّينِ مِنْ مُوَدَّعِ الْمُوَدَّعِ ، حَيْثُ لَا يَجُوزُ لَهُ الْإِيدَاعُ ؛ فَإِنَّ الضَّمَانَ عَلَى الْأَوَّلِ وَحْدَهُ . كَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، وَذَكَرَ أَنَّهُ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ مَنَعَ ظُهُورَهُ . الْيَدُ الْخَامِسَةُ ، يَدٌ قَابِضَةٌ لِمَصْلَحَتِهَا ، وَمَصْلَحَةُ الدَّافِعِ ^(٢) ؛ كَالشَّرِيكِ ، وَالْمُضَارِبِ ، وَالْوَكِيلِ بِجُعْلٍ ، وَالْمُرْتَهَنِ ، فَالْمَشْهُورُ جَوَازُ تَضْمِينِهَا أَيْضًا ، وَتَرْجِعُ بِمَا ضَمَّنْتَ ؛ لِدُخُولِهَا عَلَى الْأَمَانَةِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، فِي الرَّهْنِ اِخْتِمَالَيْنِ آخَرَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْأَجْر » .

(٢) فِي النِّسْخِ : « الْغَاصِب » ، وَانْظُرْ : الْقَوَاعِدُ الْفَقْهِيَّةُ ٢٢٥ .

استقرار الضمان على القايض . وحكوا هذا الوجه في المضارب أيضًا . والثاني ، لا يجوز تضمينها بحال ؛ لدخولها على الأمانة . قال ابن رجب : وينبغي أن يكون هو المذهب ، وأنه لا يجوز تضمين القايض ما لم يدخل على ضمانه في جميع هذه الأقسام . وحكى القاضى وغيره في المضاربة وجهًا آخر ، أن الضمان في هذه الأمانات يستقر على من ضمن منهما ، فأيهما ضمن لم يرجع على الآخر . اليد السادسة ، يد قابضة عوضًا مستحقًا بغير عقد البيع ؛ كالصداق ، وعوض الخلع ، والعنق ، والصُلح عن دم العمد ، إذا كان معينًا له ، أو كان القبض وفاءً لدين مستقر في الذمة ؛ من ثمن مبيع ، أو غيره ، أو صداق ، أو قيمة متلف ، ونحوه ، فإذا تلفت هذه الأعيان في يد من قبضها ، ثم استحققت ، فللمستحق الرجوع على القايض ببدل العين والمنفعة ، على ما تقرر . قال : ويتخرج وجه ، أن لا مطالبة له عليه . وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى في الصداق . والباقي مثله على القول بالتضمين ، فيرجع على الغاصب بما غرم من قيمة المنافع ؛ لتغيره ، إلا بما انتفع به ، فإنه مخرج على الرويتين . وأما قيم الأعيان ، فمقتضى ما ذكره القاضى ومن اتبعه ، أنه لا يرجع بها . ثم إن كان القبض وفاءً عن دين ثابت في الذمة ، فهو باق بحاله ، وإن كان عوضًا معينًا في العقد ، لم يفسخ العقد ، ههنا باستحقاقه ، ولو قلنا : إن النكاح على المعصوب لا يصح . لأن القول بانتفاء الصحة مختص بحالة العلم . ذكره ابن أبي موسى . ويرجع على الزوج بقيمة المستحق في المنصوص . وهو قول القاضى في « خلافه » ، وقال في « المجرد » : ويجب مهر المثل . وأما عوض الخلع ، والعنق ، والصُلح عن دم العمد ، ففيها وجهان ؛ أحدهما ، يجب الرجوع فيها بقيمة العوض المستحق . وهو المنصوص ، وهو قول القاضى في أكثر كتبه . وجزم به صاحب « المحرر » .

والثاني ، يجبُ قِيمَةُ الْمُسْتَحَقِّ فِي الْخُلْعِ ، وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ ، بِخِلَافِ الْإِنصَافِ الْعِتَقِ ، فَإِنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ قِيمَةُ الْعَبْدِ . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْبُيُوعِ مِنْ « خِلَافِهِ » ، وَيُشْبِهُ قَوْلَ الْأَصْحَابِ ، فِيمَا إِذَا جَعَلَ عِتْقَ أَمَتِهِ صَدَاقَهَا ، وَقُلْنَا : لَا يَنْعَقِدُ بِهِ النِّكَاحُ فَأَبَتْ أَنْ تَتَزَوَّجَهُ عَلَى ذَلِكَ ، أَنَّ عَلَيْهَا قِيمَةَ نَفْسِهَا لَا قِيمَةَ مَهْرٍ مِثْلِهَا . وَعَلَى الْوَجْهِ الْمُخْرَجِ فِي الْبَيْعِ ؛ أَنَّ الْمَغْرُورَ يَرْجِعُ بِقِيمَةِ الْعَيْنِ ، فَهُنَا كَذَلِكَ . الْيَدُ السَّابِعَةُ ، يَدُ قَابِضَةٍ بِمُعَاوَضَةٍ ؛ وَهِيَ يَدُ الْمُسْتَأْجِرِ . فَقَالَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ : إِذَا ضُمِّنَتْ الْمَنْفَعَةُ ، لَمْ يَرْجَعْ بِهَا . وَلَوْ زَادَتْ أَجْرَةُ الْمَثَلِ عَلَى الْأَجْرَةِ الْمُسَمَّاةِ ، فَفِيهِ مَا مَرَّ مِنْ زِيَادَةِ قِيمَةِ الْعَيْنِ عَلَى الثَّمَنِ . وَإِذَا ضُمِّنَتْ قِيمَةُ الْعَيْنِ ، رَجَعَتْ بِهَا عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِتَغْرِيرِهِ . وَفِي « تَعْلِيلَةِ الْمَجْدِ » ، يَتَخَرَّجُ لِأَصْحَابِنَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ^(١) ، أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِحَالٍ ؛ لِقَوْلِ الْجُمْهُورِ : يَضْمَنُ الْعَيْنَ . وَهَلِ الْقَرَارُ عَلَيْهِ ؟ لَنَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، عَلَيْهِ . وَالثَّانِي ، عَلَى الْغَاصِبِ . وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » . انْتَهَى . الْيَدُ الثَّامِنَةُ ، يَدُ قَابِضَةٍ لِلشَّرِكَةِ ؛ وَهِيَ الْمُتَصَرِّفَةُ فِي الْمَالِ بِمَا يُنْمِيهِ بَعْزُهُ مِنَ الثَّمَاءِ ؛ كَالشَّرِيكِ ، وَالْمُضَارِبِ ، وَالْمُزَارِعِ ، وَالْمُسَاقِي ، وَلَهُمُ الْأَجْرَةُ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لَعَمَلِهِمْ لَهُ بِعَوَضٍ ^(٢) . لَمْ يُسَلِّمْ . فَأَمَّا الْمُضَارِبُ ، وَالْمُزَارِعُ بِالْعَيْنِ الْمَعْصُوبَةِ ، وَشَرِيكُ الْعِنَانِ ^(٣) ، فَقَدْ دَخَلُوا عَلَى أَنْ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ بِحَالٍ ، فَإِذَا ضَمَّنُوا عَلَى الْمَشْهُورِ ، رَجَعُوا بِمَا ضَمَّنُوا ، إِلَّا حِصَّتَهُمْ مِنَ الرَّبْحِ ، فَلَا يَرْجِعُونَ بِضَمَانِهَا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، فِي الْمُسَاقِي . وَالْمُزَارِعُ نَظِيرُهُ . أَمَّا الْمُضَارِبُ ، وَالشَّرِيكُ ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَسْتَقَرَّ عَلَيْهِمْ ضَمَانُ شَيْءٍ بِدُونِ الْقِسْمَةِ مُطْلَقًا . وَحَكَى الْأَصْحَابُ ، فِي

(١) ذكر الشيخ أحد الوجهين ولم يذكر الوجه الآخر . انظر القواعد الفقهية ٢٢٩ .

(٢-٣) سقط من : ط .

المُضَارِبِ^(١) بغير إِذْنٍ وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ يَرْجِعُ بِمَا ضُمِّنَتْهُ ؛ بِنَاءً عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ بِاسْتِقْرَارِ الضَّمَانِ عَلَى مَنْ تَلَفَ الْمَالُ بِيَدِهِ . وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمَالِكُ تَضْمِينَهُمْ بِحَالٍ ، [١٩٥/٢] وَإِنَّمَا أَعَادَ حُكْمَ الشَّرِيكِ وَالْمُضَارِبِ لِذِكْرِ النَّعَاءِ . وَأَمَّا الْمُسَاقِي إِذَا ظَهَرَ الشَّجَرُ مُسْتَحَقًّا بَعْدَ تَكْمِلَةِ الْعَمَلِ ، فَلِلْعَامِلِ أَجْرَةُ الْمِثْلِ لَعْمَلِهِ عَلَى الْغَاصِبِ ، وَإِذَا تَلَفَ الثَّمَرُ ، فَلَهُ حَالَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنْ يَتَلَفَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ كُلِّ مِنَ الْغَاصِبِ وَالْعَامِلِ مَا قَبَضَهُ ، وَلَهُ أَنْ يُضْمَنَ الْكُلُّ لِلْغَاصِبِ ، فَإِذَا ضَمَّنَتْهُ الْكُلُّ رَجَعَ عَلَى الْعَامِلِ بِمَا قَبَضَهُ لِنَفْسِهِ . وَفِي « الْمُغْنَى » اخْتِمَالٌ ، لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ . وَهَلْ لِلْمَالِكِ تَضْمِينُ الْعَامِلِ جَمِيعَ الثَّمَرَةِ ؟ ذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ اخْتِمَالَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، نَعَمْ . ثُمَّ يَرْجِعُ الْعَامِلُ عَلَى الْغَاصِبِ بِمَا قَبَضَهُ مِنَ الثَّمَرِ ، عَلَى الْمَشْهُورِ ، وَبِالْكُلِّ عَلَى الْاِخْتِمَالِ الْمَذْكُورِ . وَالثَّانِي ، لَا . وَالْحَالَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنْ يَتَلَفَ الثَّمَرُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ؛ إِمَّا عَلَى الشَّجَرِ ، وَإِمَّا بَعْدَ جَذِّهِ . فَفِي « التَّلْخِصِ » ، فِي مُطَابَقَةِ الْعَامِلِ بِالْجَمِيعِ ، اخْتِمَالَانِ . وَكَذَا لَوْ تَلَفَ بَعْضُ الشَّجَرِ . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ : وَهُوَ مُلْتَفِتٌ إِلَى أَنَّ يَدَ الْعَامِلِ ، هَلْ تَثَبَّتْ عَلَى الشَّجَرِ وَالثَّمَرِ ، أَمْ لَا ؟ وَالْأَظْهَرُ ، أَنْ لَا ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ عِنْدَنَا لَا يَتَّقِلُ فِي الثَّمَرِ الْمُعْلَقِ عَلَى شَجَرِهِ بِالتَّخْلِيَةِ . وَلَوْ اشْتَرَى شَجَرَةً بِثَمَرِهَا ، فَهَلْ تَدْخُلُ الثَّمَرَةُ فِي ضَمَانِهِ تَبَعًا لِلشَّجَرَةِ ؟ قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « فُنُونِهِ » : لَا تَدْخُلُ . وَالْمَذْهَبُ دُخُولُهُ تَبَعًا . الْيَدُ التَّاسِعَةُ ، يَدٌ قَابِضَةٌ تَمْلِكُ لَا بَعُوضٍ ؛ إِمَّا لِلْعَيْنِ بِمَنَافِعِهَا ؛ كَالْهَبَةِ وَالْوَقْفِ ، وَالصَّدَقَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ ، أَوْ لِلْمَنْفَعَةِ ؛ كَالْمَوْصَى لَهُ بِالْمَنَافِعِ . وَالْمَشْهُورُ أَنَّهَا تَرْجِعُ بِمَا ضَمَّنَتْهُ بِكُلِّ حَالٍ ، إِلَّا مَا يَحْصُلُ لَهَا بِهِ نَفْعٌ ، فَفِي رُجُوعِهَا بِضَمَانِهِ الرَّوَايَتَانِ . وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهَا لَا تُضْمَنُ ابْتِدَاءً ، مَا لَمْ يَسْتَقِرَّ ضَمَانُهَا عَلَيْهِ .

(١) بعدها في النسخ : « للمضارب » وانظر : القواعد الفقهية ٢٢٩ .

وذكر القاضي ، وابن عقيل رواية ، أنها لا ترجع بما ضمنت بحال . ثم اختلف الأصحاب في محل الروايتين ، في الرجوع بما انتفعت به على طرق ثلاثة ؛ إحداهن ، أن محلها إذا لم يقل الغاصب : هذا ملكي . أو ما يدل عليه ، فإن قال ذلك ، فالقرار عليه ، بغير خلاف . وهي طريقة المصنف في « المغني » . والطريقة الثانية ؛ إن ضمن المالك القابض ابتداءً ، ففي رجوعه على الغاصب الروايتان مطلقاً . وإن ضمن الغاصب ابتداءً ، فإن كان القابض قد أقر له بالملكية ، لم يرجع على القابض . رواية واحدة ، وهي طريقة القاضي . والطريقة الثالثة ، الخلاف في الكل من غير تفصيل . وهي طريقة أبي الخطاب وغيره . اليد العاشرة ، يد مثقلة للمال نيابة عن الغاصب ؛ كالذابح للحيوان ، والطابع له ، فلا قرار عليها بحال ، وإنما القرار على الغاصب . قاله القاضي ، وابن عقيل ، والأصحاب . قال ابن رجب : ويتخرج وجه آخر بالقرار عليها فيما اتلفت ، كالمودع ، إذا تلفت تحت يده ، وأولى ؛ لمباشرتها للإتلاف . قال : ويتخرج وجه آخر ، لا ضمان عليها بحال من نص أحمد ، في من حفر لرجل يثراً في غير ملكه ، فوقع فيها إنسان ، فقال الحافر : ظننت أنها في ملكه . فلا شيء عليه . وبذلك جزم القاضي ، وابن عقيل ، في كتاب الجنایات . وأما إذا اتلفت على وجه محرم شرعاً ، عالمة بتحريمه ؛ كالقاتلة للعبد المعصوب ، والمخرقة للمال بإذن الغاصب فيهما ، ففي « التلخيص » ، يستقر عليها الضمان ؛ لأنها عالمة بالتحريم ، فهي كالعالمية بأنه مال الغير ، ورجح الحارثي دخولها في قسم المعرور . انتهى كلام ابن رجب في « القواعد » ملخصاً ، ولقد أجاد ، فرحمه الله تعالى .

المقنع وَإِذَا اشْتَرَى أَرْضًا فَعَرَسَهَا أَوْ بَنَى فِيهَا ، فَخَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةٌ ، فَقُلِعَ غَرْسُهُ وَبَنَاؤُهُ ، رَجَعَ الْمُشْتَرَى عَلَى الْبَائِعِ بِمَا غَرِمَهُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْقِسْمَةِ .

الشرح الكبير

٢٣٤٣ - مسألة : (وَإِنْ اشْتَرَى أَرْضًا فَعَرَسَهَا أَوْ بَنَى فِيهَا ، فَخَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةٌ ، وَقُلِعَ غَرْسُهُ وَبَنَاؤُهُ ، رَجَعَ الْمُشْتَرَى عَلَى الْبَائِعِ بِمَا غَرِمَهُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْقِسْمَةِ) لَأَنَّهُ بَيَّعَهُ إِيَّاهَا غَرَّهُ وَأَوْهَمَهُ أَنَّهَا مِلْكُهُ ، وَكَانَ ذَلِكَ سَبَبًا فِي بِنَائِهِ وَغَرْسِهِ ، فَرَجَعَ عَلَيْهِ بِمَا غَرِمَهُ عَلَيْهَا ، كَرُجُوعِهِ بِمَا أَعْطَاهُ مِنْ ثَمَنِهَا .

الإنصاف

قوله : وَإِنْ اشْتَرَى أَرْضًا ، فَعَرَسَهَا ، أَوْ بَنَى فِيهَا ، فَخَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةٌ ، فَقُلِعَ غَرْسُهُ وَبَنَاؤُهُ ، رَجَعَ الْمُشْتَرَى عَلَى الْبَائِعِ بِمَا غَرِمَهُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْقِسْمَةِ . وهذا بلا نزاع ، على القول بجواز القلع . وأفادنا كلام المصنف ، أَنَّ لِلْمَالِكِ قُلِعَ الْغَرْسِ وَالْبِنَاءِ . وهذا المذهب مطلقاً . أغنى ، من غير ضمان النقص ، ولا الأخذ بالقيمة ، وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في « الشرح » ، و « شرح ابن منجي » ، و « الوجيز » ، وقدمه في « المحرر » ، و « الفروع » ، و « شرح الحارثي » ، وقال : هو الأصح . قال في « القواعد » : هذا الذي ذكره ابن أبي موسى ، والقاضي في « المجرد » ، وتبعه عليه المتأخرون . وعنه ، لَرَبِّ الْأَرْضِ قُلْعُهُ ، إِنْ ضَمِنَ نَقْصَهُ ، ثُمَّ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْبَائِعِ . قاله في « المحرر » وغيره . وقال الحارثي : وعن أحمد ، لَا يَقْلَعُ ، بَلْ يَأْخُذُهُ بِقِيَمَتِهِ . وذكر النص من رواية حرب . وقدمه في « القاعدة السابعة والسبعين » ، في غرس المشتري من الغاصب ، وقال : نقله عنه حرب ، ويعقوب بن بختان . وذكر النص ، وقال :

وَأِنْ أَطْعَمَ الْمَغْضُوبَ لِعَالِمٍ بِالْغَضَبِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، المنع

الشرح الكبير

٢٣٤٤ - مسألة : (وَإِنْ أَطْعَمَ الْمَغْضُوبَ لِعَالِمٍ بِالْغَضَبِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ) لَكُونَهُ أَتْلَفَ مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ عَالِمًا مِنْ غَيْرِ تَغْرِيرٍ . ولِلْمَالِكِ تَضْمِينُ الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ حَالٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَالِهِ ، وَالْآكِلِ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَقَبْضُهُ مِنْ يَدِ ضَامِنِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ مَالِكِهِ . فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ ، رَجَعَ عَلَى الْآكِلِ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْآكِلَ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ .

وكذلك نقل عنه (محمد بن أبي حرب الجرجاني)^(١) ، وقال : وهذا الصحيح ، ولا يثبت عن أحمد سواه ، ونصره بأدلة . وتقدم التنبيه على بعض ذلك ، في أول الباب ، عند غرس الغاصب وبنائه ، ولكن كلامه هنا أعم . الإنصاف

فائدتان ؛ إحداهما ، لو بنى فيما يظنه ملكه ، جاز نقضه ؛ لتفريطه ، ويرجع على من غره . ذكره في « الانتصار » ، في الشفيع ، واقتصر عليه في « الفروع » . الثانية ، لو أخذ منه ما اشتراه بحجة مطلقة ، ردَّ بائعه ما قبضه منه . على [١٩٥/٢ ط] المذهب . قدمه في « الفروع » . وقيل : إن سبق المالك الشراء ، وإلا فلا . ذكره في « الرعاية » في الدعوى .

قوله : وَإِنْ أَطْعَمَ الْمَغْضُوبَ لِعَالِمٍ بِالْغَضَبِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ - يعني ، على الآكل . وهذا بلا نزاع - وإن لم يعلم ، وقال له الغاصب : كله ، فإنه طعامي . استقر الضمان على الغاصب . على الصحيح من المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به في « المغني » ، و « الشرح » ، و « النظم » ،

(١ - ١) في النسخ : « محمد بن حرب الجرجاني » . وتقدمت ترجمته في ٢٩٥/٩ .

المقنع وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، وَقَالَ لَهُ الْغَاصِبُ كُلُّهُ ، فَإِنَّهُ طَعَامِي . اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَى الْغَاصِبِ ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ ، فَفِي أَيُّهُمَا يَسْتَقَرُّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ وَجْهَانِ .

[٢٨٤/٤ ظ] ٢٣٤٥ - مسألة : (وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، وَقَالَ لَهُ الْغَاصِبُ : كُلُّهُ ، فَإِنَّهُ طَعَامِي . اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَى الْغَاصِبِ) لَاغْتِرَافُهُ بِأَنَّ الضَّمَانَ بَاقٍ عَلَيْهِ ، وَأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمِ الْآكِلَ شَيْءٌ ، وَلَأنَّهُ غَرَّ الْآكِلَ . ٢٣٤٦ - مسألة : (وَإِنْ لَمْ يَقُلْ ، فَفِي أَيُّهُمَا يَسْتَقَرُّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ

الشرح الكبير

و « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » . وَقِيلَ : الضَّمَانُ عَلَى الْآكِلِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَيَأْتِي كَلَامُ الْقَاضِي ، وَأَبِي الْخَطَّابِ ، وَغَيْرِهِمَا .

قوله : وَإِنْ لَمْ يَقُلْ - يَعْنِي ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : هُوَ طَعَامِي . بَلْ قَالَ لَهُ : كُلْ - فَفِي أَيُّهُمَا يَسْتَقَرُّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، وَجْهَانِ . أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ يَحْكُونُ الْخِلَافَ وَجْهَيْنِ ، وَحَكَاهُمَا فِي « الْمُعْنَى » رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَسْتَقَرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْغَاصِبِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » ، وَ « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَسْتَقَرُّ عَلَى الْآكِلِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَالسَّامَرِيُّ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَابْنُ الْجَوَازِيِّ فِي « الْمَذْهَبِ » : إِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبُ ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْآكِلُ ، فَفِي رُجُوعِهِ عَلَى الْغَاصِبِ وَجْهَانِ مُبَيَّنَّانِ عَلَى رِوَايَتِي الْمَعْصُوبِ . لَكِنَّ الْقَاضِي قَالَ : ذَلِكَ فِيمَا إِذَا قَالَ : هُوَ طَعَامِي ، فَكُلَّهُ . وَغَيْرُهُ ذَكَرَهُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ .

وَأِنْ أَطْعَمَهُ لِمَالِكِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ يَبْرَأْ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رَجُلٍ
لَهُ عِنْدَ رَجُلٍ تَبِعَةٌ ، فَأَوْصَلَهَا إِلَيْهِ ، عَلَى أَنَّهَا صِلَةٌ ، أَوْ

وَجْهَانِ (أَحَدُهُمَا ، يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْآكِلِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ،
وَالشَّافِعِيِّ فِي الْجَدِيدِ ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَ " مَا أَتْلَفَ " ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى أَحَدٍ .
وَالثَّانِي ، يَسْتَقِرُّ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّ الْآكِلَ ، وَأَطْعَمَهُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ .
وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَابْتِهَامُ اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ فَعَرَمَ ، لَمْ يَرْجِعْ
عَلَى أَحَدٍ ، وَإِنْ غَرِمَ صَاحِبُهُ ، رَجَعَ عَلَيْهِ .

٢٣٤٧ - مسألة : (وَإِنْ أَطْعَمَهُ لِمَالِكِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ يَبْرَأْ . نَصَّ
عَلَيْهِ) إِذَا أَطْعَمَ الْمَغْضُوبَ لِمَالِكِهِ ، فَأَكَلَهُ ^(١) عَالِمًا أَنَّهُ طَعَامُهُ ، بَرِيءٌ
الْغَاصِبُ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، وَقَالَ لَهُ : كُلْهُ ، فَإِنَّهُ طَعَامِي . اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ
عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِأَنَّهُ طَعَامُ الْمَغْضُوبِ مِنْهُ .

قوله : (وَإِنْ أَطْعَمَهُ لِمَالِكِهِ ، وَلَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ يَبْرَأْ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رَجُلٍ لَهُ عِنْدَ رَجُلٍ
تَبِعَةٌ ، فَأَوْصَلَهَا إِلَيْهِ عَلَى أَنَّهَا صِلَةٌ أَوْ هَدِيَّةٌ ، وَلَمْ يَعْلَمْ : كَيْفَ هَذَا . قَالَ الْمُصَنِّفُ :
يَعْنِي ، أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ . اَعْلَمْ أَنَّهُ إِذَا أَطْعَمَهُ لِمَالِكِهِ ، فَأَكَلَهُ عَالِمًا أَنَّهُ طَعَامُهُ ، بَرِيءٌ
غَاصِبُهُ . وَكَذَا لَوْ أَكَلَهُ بِلَا إِذْنِهِ . فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، وَقَالَ لَهُ الْغَاصِبُ : كُلْهُ ، فَإِنَّهُ
طَعَامِي . لَمْ يَبْرَأِ الْغَاصِبُ أَيْضًا . وَإِنْ لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ ، بَلْ قَدَّمَهُ إِلَيْهِ ، وَقَالَ : كُلْهُ .
فَجَزَمَ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ النَّصِّ الْمَذْكُورِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : نَصَّ
عَلَيْهِ مِنْ وُجُوهِ ، وَذَكَرَهَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَحْيِ » ،

(١) - سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

المقنع هَدِيَّةٌ ، وَلَمْ يَعْلَمْ : كَيْفَ هَذَا ؟ يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ .

الشرح الكبير

وإن لم يقل ذلك ، بل قَدَّمَهُ إِلَيْهِ ، وقال : كُلُّهُ . فظَاهِرُ كَلَامِهِ أَحْمَدُ أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمْ ، فِي رَجُلٍ لَهُ قَبْلَ رَجُلٍ تَبِعَهُ ، فَأَوْصَلَهَا إِلَيْهِ عَلَى سَبِيلِ صَدَقَةٍ أَوْ هَدِيَّةٍ ، فَلَمْ يَعْلَمْ ، فَقَالَ : (كَيْفَ هَذَا ؟) هَذَا يَرَى أَنَّهُ هَدِيَّةٌ ، يَقُولُ لَهُ : هَذَا لَكَ عِنْدِي . وَهَذَا يُدُلُّ عَلَى (أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ) هَهُنَا ، فَيَأْكُلُ الْمَالُكَ طَعَامَهُ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى ؛ لِأَنَّهُ ثُمَّ رَدَّ إِلَيْهِ يَدَهُ وَسُلْطَانَهُ ، وَهَهُنَا بِالتَّقْدِيمِ إِلَيْهِ لَمْ يَعُدْ إِلَيْهِ الْيَدُ وَالسُّلْطَانُ ، فَإِنَّهُ لَا يَتِمَّكَنُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ بِكُلِّ مَا يُرِيدُ مِنْ أَخْذِهِ وَبَيْعِهِ وَالصَّدَقَةِ بِهِ ، فَلَمْ يَبْرَأْ بِهِ الْغَاصِبُ ، كَمَا لَوْ عَلَفَهُ لِدَوَابِّهِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَبْرَأَ ، بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا أَطْعَمَهُ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَإِنَّهُ يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْآكِلِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ، فَكَذَلِكَ هَهُنَا . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ .

الإنصاف

و « الْفَائِقِ » ، و « نَازِمِ الْمُفْرَدَاتِ » ، و « الْهَدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » ، و « الْمُعْنَى » ، و « التَّلْخِصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْحَارِثِيِّ » . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَتَبِعَهُ الشَّارِحُ : وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَبْرَأَ ؛ بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا أَطْعَمَهُ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَإِنَّهُ يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْآكِلِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ كَمَا تَقَدَّمَ . وَذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى تَخْرِيجًا .

فَالَّذَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ أَطْعَمَهُ لِدَابَّةِ الْمَغْضُوبِ مِنْهُ ، أَوْ لِعَبْدِهِ ، لَمْ يَبْرَأْ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَلَوْ أَطْعَمَهُ لِدَابَّتِهِ مَعَ عَلَيْهِ ، بَرِيءٌ مِنَ الْعَصَبِ ، وَإِلَّا فَلَا . نَصَّ عَلَيْهِ . وَقَدَّمَهُ فِي

فصل : وإن وهب المَعْصُوبَ لِمَالِكِهِ ، أو أهْدَاهُ إِلَيْهِ ، بَرِيءٌ فِي الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّهُ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ تَسْلِيمًا تَامًا ، وَزَالَتْ يَدُ الْغَاصِبِ . وَكَلَامُ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا أُعْطِيَ عَوَضَ حَقَّهُ عَلَى سَبِيلِ الْهِبَةِ ، فَأَخَذَهُ الْمَالِكُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ لَا عَلَى سَبِيلِ الْعَوَضِ ، فَلَمْ تَثْبُتْ [٢٨٥/٤ و] الْمُعَاوَضَةُ ، وَمَسَأَلْتُنَا فِيمَا إِذَا رَدَّ إِلَيْهِ ^(١) عَيْنَ مَالِهِ ، وَأَعَادَ يَدَهُ الَّتِي أَرَاَهَا . وَإِنْ بَاعَهُ إِيَّاهُ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، بَرِيءٌ مِنَ الضَّمَانِ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِالِاتِّبَاعِ ، وَهُوَ مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَقْرَضَهُ إِيَّاهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

« الرَّعَايَةُ الصَّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِير » . قَالَ فِي الْفُرُوعِ : لَغَيْرِ عَالِمٍ بِغَضَبِهِ . قَالَ جَمَاعَةٌ : أَوْ لِدَائِيَّتِهِ ، اسْتَقَرَّ ضَمَانُهُ عَلَيْهِ : وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : إِنْ جَهَلَ مَالِكُهُ ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ الثَّالِثُ ، لَا يَبْرَأُ ، إِنْ قَالَ : هُوَ لِي . وَإِلَّا بَرِيءٌ . انْتَهَى . الثَّانِيَةُ ، قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : لَوْ وَهَبَ الْمَعْصُوبَ لِمَالِكِهِ ، أَوْ أَهْدَاهُ إِلَيْهِ ، بَرِيءٌ . عَلَى الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّهُ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ تَسْلِيمًا تَامًا . وَكَذَا إِنْ بَاعَهُ أَيْضًا ، وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، أَوْ أَقْرَضَهُ إِيَّاهُ . وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَجَزَمَ بِهِ جَمَاعَةٌ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْكَافِي » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّادِسَةِ وَالسَّتِينَ » : وَالْمَشْهُورُ فِي الْهِبَةِ ، أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، مُعَلَّلًا بِأَنَّهُ تَحَمَّلَ مَتْنَهُ ، وَرُبَّمَا كَفَاهُ عَلَى ذَلِكَ ، وَاخْتَارَ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » ، وَصَاحِبُ « الْمُغْنَى » ، أَنَّهُ يَبْرَأُ ^(٢) ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ تَسَلَّمَ تَسْلِيمًا تَامًا ، وَعَادَتْ سُلْطَتُهُ إِلَيْهِ . انْتَهَى . وَقَدَّمَ فِي « الْفُرُوعِ » ، أَنَّ أَخْذَهُ بِهَبَةٍ ، أَوْ شِرَاءٍ ، أَوْ

(١) فِي م : « عَلَيْهِ » .

(٢) فِي الْأَصْل ، ط : « لَا يَبْرَأُ » ، وَانْظُر : الْمَغْنَى ٤١٩/٧ ، وَالْقَوَاعِدُ الْفَقْهِيَّةُ ١٢١ ، ١٢٢ .

المقنع وَإِنْ رَهْنَهُ عِنْدَ مَالِكِهِ ، أَوْ أَوْدَعَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَجَرَهُ ، أَوْ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى قِصَارَتِهِ وَخِيَاطَتِهِ ، لَمْ يُيْرَأْ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ .

٢٣٤٨ - مسألة : (وَإِنْ رَهْنَهُ عِنْدَ مَالِكِهِ ، أَوْ أَوْدَعَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَجَرَهُ ، أَوْ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى قِصَارَتِهِ أَوْ خِيَاطَتِهِ) ولم يَعْلَمْ ، لم يُيْرَأْ مِنَ الضَّمانِ ؛ لَأَنَّهُ لم يُعَدَّ إِلَيْهِ سُلْطَانُهُ ، إِنَّمَا قَبَضَهُ عَلَى أَنَّهُ أَمَانَةٌ . وقال بعضُ أصحابنا : يُيْرَأُ ؛ لَأَنَّهُ رَدَّهُ إِلَى يَدِهِ وَسُلْطَانِهِ . وهذا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ فَإِنَّهُ لو أَبَاحَهُ أَكَلَهُ فَأَكَلَهُ ، لم يُيْرَأْ ، فَهَهُنَا أَوْلَى .

الشرح الكبير

الإنصاف صَدَقَ ، أَنَّهُ كَاطِعَامِهِ لِرَبِّهِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . وقال في « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » : إِنْ أَهْدَاهُ إِلَيْهِ ، أَوْ جَعَلَهُ صَدَقَةً ، لم يُيْرَأْ ، عَلَى الْأَصَحِّ . قال الْحَارِثِيُّ : وَالْمَنْصُوصُ عَدَمُ الْبَرَاءَةِ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِيَانِ ؛ أَبُو يَعْلَى ، وَيَعْقُوبُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ . انتهى .

قوله : وَإِنْ رَهْنَهُ عِنْدَ مَالِكِهِ ، أَوْ أَوْدَعَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَجَرَهُ ، أَوْ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى قِصَارَتِهِ وَخِيَاطَتِهِ ، لم يُيْرَأْ ، إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ . وهو المذهب . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . قال الْحَارِثِيُّ : فَالْتَّصُّ قَاضٍ بَعْدَ الْبَرَاءَةِ . انتهى . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » ، فِي غَيْرِ الرَّهْنِ . وَقِيلَ : يُيْرَأُ . قال فِي « الْفُرُوعِ » : وقال جماعة : يُيْرَأُ فِي وَدِيعَةٍ ، وَنَحْوِهَا . قال الشَّارِحُ : وقال بعضُ أصحابنا : يُيْرَأُ . « قلتُ : وَرَأَيْتُهُ فِي نُسْخَةٍ قُرِئَتْ عَلَى الْمُصَنِّفِ . وقال أَبُو الْخَطَّابِ : يُيْرَأُ » .

(١-١) سقط من : الأصل ، ط .

٢٣٤٩ - مسألة : (وَإِنْ أَعَارَهُ إِيَّاهُ ، بَرِيٌّ ، عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ) لِأَنَّ

فائدة : لو أباحه مالكه للغاصب ، فأكله قبل عليه ، ضَمِنَ . ذكره في الإنصاف « الانتصار » ، فيما إذا حلف : لا خَرَجْتَ إِلَّا بِإِذْنِي . قال في « الفروع » : وَيَتَوَجَّهُ الْوَجْهُ . يعنى ، بَعْدَمِ الضَّمانِ . قال : وَالظَّاهِرُ أَنَّ مُرَادَهُمْ غَيْرُ الطَّعَامِ كَهُو فِي ذَلِكَ ، وَلَا فَرْقَ . قال [١٩٦/٢] في « الفنون » ، فِي مَسْأَلَةِ الطَّعَامِ : يَبْقَى الضَّمانُ ؛ بِدَلِيلِ مَا لَوْ قَدَّمَ لَهُ شَوْكَةً الِذِي غَضَبَهُ مِنْهُ ، فَسَجَرَهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ . انتهى . وما ذكره في « الانتصار » ذكره القاضي يَعْقُوبُ فِي « تَعْلِيلِهِ » ، فِي الْمَكَانِ الْمَذْكُورِ ، وَلَمْ يَخْصُصْهُ بِالطَّعَامِ ، بَلْ قَالَ : كُلُّ تَصَرُّفٍ تَصَرَّفَ بِهِ الْأَجْنَبِيُّ فِي مَالٍ غَيْرِهِ ، وَقَدْ أُذِنَ فِيهِ مَالِكُهُ وَلَمْ يَعْلَمْ ، فَعَلِيهِ الضَّمانُ . انتهى . وَلَمْ يَرْتَضِ بِهِ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ . قُلْتُ : قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالسَّتِينَ » : وَمَا ذَكَرَهُ فِي « الْإِنْتِصَارِ » بَعِيدٌ جِدًّا ، وَالصَّوَابُ الْجَزْمُ بِعَدَمِ الضَّمانِ ؛ لِأَنَّ الضَّمانَ لَا يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الْاِعْتِقَادِ فِيمَا لَيْسَ بِمَضْمُونٍ ، كَمَنْ وَطِئَ امْرَأَةً يَظُنُّهَا أَجْنَبِيَّةً ، فَتَبَيَّنَتْ زَوْجَتَهُ ، فَإِنَّهُ لَا مَهْرَ عَلَيْهِ ، (وَلَا غَيْرَهُ) ، وَكَمَا لَوْ أَكَلَ فِي الصَّوْمِ يَظُنُّ أَنَّ الشَّمْسَ لَمْ تَغْرُبْ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهَا كَانَتْ غَرَبَتْ ، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الْقَضَاءُ . انتهى . وَهُوَ الصَّوَابُ .

قوله : وَإِنْ أَعَارَهُ إِيَّاهُ ، بَرِيٌّ ؛ عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ . هذا المذهب . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » ، وَ « الْفُرُوع » ، وَ « الْوَجِيز » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : إِذَا لَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ يَبْرَأْ . جَزَمَ بِهِ فِي

(١ - ١) كَذَا فِي الْأَصُولِ . وَفِي الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ : « وَلَا عِبْرَةَ بِاسْتِصْحَابِ أَصْلِ الضَّمانِ مَعَ زَوَالِ سَبَبِهِ » .

انظر : الْقَوَاعِدُ الْفَقْهِيَّةُ ١١٩ .

وَمَنْ اشْتَرَى [١٤٠ ط] عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ ، فَادَّعَى رَجُلٌ أَنَّ الْبَائِعَ غَضِبَهُ مِنْهُ ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الْآخَرِ . وَإِنْ

العارية توجب الضمان على المستعير ، فلو وجب الضمان على الغاصب رجع به على المستعير ، ولا فائدة في وجوب شيء عليه يرجع به على من وجب له .

٢٣٥٠ - مسألة : (وإن اشترى عبداً فأعتقه ، فادَّعى رجل أن البائع غَضِبَهُ مِنْهُ ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الْآخَرِ . وَإِنْ صَدَّقَاهُ مَعَ الْعَبْدِ ،

« التلخيص » . قال الحارثي : ومقتضى النص الضمان ، وبه قال ابن عقيل ، وصاحب « التلخيص » . انتهى . وقدمه في « الكافي » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفائق » ، وقال : اختاره الشيخ . يعني به المصنف . والظاهر أنه أراد ما قدمه في « الكافي » ، ولم يعاود^(١) « المعنى » ، و « المقنع » ؛ فإن المصنف جزم بالبراءة فيهما . وأما صاحب « الفروع » ، فإنه تابع المصنف في « المعنى » ، ولو أعاد النظر ، لحكى الخلاف ، كما حكاه غيره .

^(٢) فائدة : لو باعه إياه ، أو أقرضه ، فقَبَضَهُ جاهلاً ، لم يبرأ ، على المنصوص . قاله الحارثي . واختار المصنف ، أنه يبرأ^(٣) .

قوله : وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ ، فَادَّعَى رَجُلٌ أَنَّ الْبَائِعَ غَضِبَهُ مِنْهُ ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الْآخَرِ - بلا نزاع - وإن صدقاه مع العبد ، لم يطل العتق ،

(١) في ١ : « يعارضه » .

(٢-٣) سقط من : ط .

صَدَقَاهُ مَعَ الْعَبْدِ ، لَمْ يَنْطَلِ الْعِتْقُ ، وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْمُشْتَرَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْطَلِ الْعِتْقُ إِذَا صَدَّقُوهُ كُلُّهُمْ .

الشرح الكبير

لَمْ يَنْطَلِ الْعِتْقُ ، وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْمُشْتَرَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْطَلِ الْعِتْقُ إِذَا صَدَّقُوهُ كُلُّهُمْ (إِذَا أَقَامَ الْمُدَّعَى بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ ، بَطَلَ الْبَيْعُ وَالْعِتْقُ ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرَى عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ . وَإِنْ صَدَّقَهُ الْبَائِعُ أَوْ الْمُشْتَرَى ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ . وَإِنْ صَدَقَاهُ جَمِيعًا ، لَمْ يَنْطَلِ الْعِتْقُ ، وَكَانَ الْعَبْدُ حُرًّا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ لَعْنِهِمَا . فَإِنْ وَافَقَهُمَا الْعَبْدُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُقْبَلُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ حَقٌّ يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ لِلَّهِ تَعَالَى ، وَلِهَذَا لَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ بِالْعِتْقِ مَعَ اتِّفَاقِ السَّيِّدِ وَالْعَبْدِ عَلَى الرِّقِّ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا . وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ : أَنَا حُرٌّ . ثُمَّ أَقَرَّ بِالرِّقِّ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْطَلِ الْعِتْقُ إِذَا اتَّفَقُوا عَلَيْهِ كُلُّهُمْ ، وَيَعُودُ الْعَبْدُ إِلَى الْمُدَّعَى ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولُ النَّسَبِ ، أَقَرَّ [٢٨٥/٤ ظ] بِالرِّقِّ لِمَنْ يَدَّعِيهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُعْتَقِهِ الْمُشْتَرَى . وَمَتَى

الإنصاف

وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْمُشْتَرَى . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« الْكَافِي » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَ« الْحَارِثِيِّ » . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَجَمَاعَةٌ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْطَلِ الْعِتْقُ ، إِذَا صَدَّقُوهُ كُلُّهُمْ . يَعْنِي ، إِذَا اتَّفَقُوا عَلَيْهِ كُلُّهُمْ ، وَيَعُودُ الْعَبْدُ إِلَى الْمُدَّعَى .

حَكَمْنَا بِالْحُرِّيَّةِ ، فَلِلْمَالِكِ تَضَمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ قِيَمَتَهُ يَوْمَ عِتْقِهِ ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْبَائِعَ ، رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرَى ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُشْتَرَى ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى الْبَائِعِ إِلَّا بِالثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ التَّلْفَ حَصَلَ مِنْهُ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ وَخَلَّفَ مَالًا ، فَهُوَ لِلْمُدَّعَى ؛ لِاتِّفَاقِهِمْ عَلَى أَنَّهُ لَهُ . وَإِنَّمَا لَمْ يُرَدِّ الْعَبْدُ إِلَيْهِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْحُرِّيَّةِ بِهِ ، إِلَّا أَنْ يُخَلَّفَ وَارِثًا فَيَأْخُذَهُ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ وَلَا ءَ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَدَّعِيهِ . وَإِنْ صَدَّقَ الْمُشْتَرَى الْبَائِعَ وَخَذَهُ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِقِيَمَتِهِ ، وَلَمْ يَرْجَعْ الْمُشْتَرَى بِالثَّمَنِ . وَبَقِيَّةُ الْأَقْسَامِ عَلَى مَا نَذَرُ فِي الْفَصْلِ بَعْدَهُ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرَى لَمْ يُعْتِقْهُ ، وَأَقَامَ الْمُدَّعَى بَيْنَهُ بِمَا ادَّعَاهُ ، انْتَقَضَ الْبَيْعُ ، وَرَجَعَ الْمُشْتَرَى عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَقْرَأَ بِذَلِكَ . وَإِنْ أَقْرَأَ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الْآخَرِ ، فَإِنْ كَانَ الْمُقَرُّ الْبَائِعَ ، لَزِمَتْهُ الْقِيَمَةُ لِلْمُدَّعَى ؛ لِأَنَّهُ حَالٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مِلْكِهِ ، وَيُقَرُّ الْعَبْدُ فِي يَدِ الْمُشْتَرَى ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ فِي الظَّاهِرِ ، وَلِلْبَائِعِ إِخْلَافُهُ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْبَائِعُ لَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ ، فَلَيْسَ لَهُ مَطَالَبَةُ الْمُشْتَرَى ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ مَطَالَبَتَهُ بِأَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي الْقِيَمَةَ

تنبيه : الضَّمَانُ هُنَا هُوَ ثَمَنُهُ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَقِيلَ : بَلْ قِيَمَتُهُ حِينَ الْعَقْدِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : قُلْتُ : إِنَّ أَجَارَ الْبَيْعِ ، وَقُلْنَا : يَصِحُّ بِالْإِجَارَةِ . فَهُوَ الثَّمَنُ ، وَإِنْ رَدَّهُ ، فَهُوَ الْقِيَمَةُ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، لَوْ مَاتَ الْعَبْدُ ، وَخَلَّفَ مَالًا ، فَهُوَ لِلْمُدَّعَى إِلَّا أَنْ يُخَلَّفَ وَارِثًا ، فَيَأْخُذَهُ ، وَلَيْسَ لَهُ عَلَيْهِ وَلَا ءَ .

على المُشْتَرِي ، والمُشْتَرِي يُقَرُّ له بالثَّمَن ، فقد اتَّفَقَا على اسْتِحْقَاقِ أَقْلٍ^(١) الأمرين ، فَوَجَبَ ، ولا يَضُرُّ اِخْتِلَافُهُمَا في السَّبَبِ بَعْدَ اتَّفَاقِهِمَا على حُكْمِهِ ، كما لو قال : لي عليك أَلْفٌ مِنْ ثَمَنٍ مَبِيعٍ . فقال : بل أَلْفٌ مِنْ قَرْضٍ . وإن كان قد قَبَضَ الثَّمَنَ ، فليس للمُشْتَرِي اسْتِرْجَاعُهُ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَدْعِيهِ . ومتى عادَ العَبْدُ إلى البائعِ بَفَسْخِ أو غيرِهِ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ إلى مُدْعِيهِ ، وله اسْتِرْجَاعُ ما أَخَذَ مِنْهُ . وإن كان إقْرَارُ البائعِ في مُدَّةِ الْخِيَارِ ، انْفَسَخَ الْبَيْعُ ؛ لَأَنَّهُ يَمْلِكُ فَسْخَهُ ، فُقِبِلَ إقْرَارُهُ بما يَفْسُخُهُ . وإن كان المُقَرَّرُ المُشْتَرِي وَخَذَهُ ، لَزِمَهُ رَدُّ العَبْدِ^(٢) ، ولم يُقْبَلْ إقْرَارُهُ على البائعِ ، ولا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ عليه بالثَّمَنِ إِنْ كان [٢٨٦/٤] قَبَضَهُ ، وعليه دَفْعُهُ إليه إِنْ لم يَكُنْ قَبَضَهُ . فَإِنْ أَقامَ المُشْتَرِي بَيِّنَةً بما أَقَرَّ به ، قُبِلَتْ ، وله الرُّجُوعُ بالثَّمَنِ . وإن كان البائعُ المُقَرَّرُ ، فَأَقامَ بَيِّنَةً ، فَإِنْ كانَ في حَالِ الْبَيْعِ ، قال : بِعْتُكَ عَبْدِي هَذَا أو مِلْكِي . لم تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ ؛ لَأَنَّهُ يُكْذِبُهَا ، وإن لم يَكُنْ قال ذلك ، قُبِلَتْ ؛ لَأَنَّهُ يَبِيعُ مِلْكَهُ وَغَيْرَهُ ، وَإِنْ أَقامَ المُدْعِي البَيِّنَةَ ، سُمِعَتْ ، ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ البائعِ لَهُ ؛ لَأَنَّهُ يَجُرُّ بِهَا إلى نَفْسِهِ نَفْعًا . وإن أَنْكَرَاهُ جَمِيعًا ، فَله اِخْتِلَافُهُمَا . قال أَحْمَدُ ، في رَجُلٍ يَجِدُ سَرِقَتَهُ عِنْدَ إِنْسَانٍ بَعِيْنِهَا ، قال : هُوَ مِلْكُهُ ، يَأْخُذُهُ ، أَذْهَبُ إلى حَدِيثِ سَمُرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عن النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ عِنْدَ رَجُلٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَيَتَّبِعْ »

(١) في الأصل : « أولى » .

(٢) في م : « العيب » .

فصل : وَإِنْ تَلَفَ الْمَغْضُوبُ ، ضَمِنَهُ بِمِثْلِهِ ، إِنْ كَانَ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا .

المُبْتَاعُ مَنْ بَاعَهُ ^(١) . رَوَاهُ هُشَيْمٌ ، عَنْ مُوسَى بْنِ السَّائِبِ ، عَنْ قَتَادَةَ ، عَنْ الْحَسَنِ ، عَنْ سَمُرَةَ . وَمُوسَى بْنُ السَّائِبِ ثِقَةٌ .

فصل : قَالَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَإِنْ تَلَفَ الْمَغْضُوبُ ، ضَمِنَهُ بِمِثْلِهِ ، إِنْ كَانَ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا) مَتَى تَلَفَ الْمَغْضُوبُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، لَزِمَهُ رَدُّ بَدَلِهِ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَمَنْ آعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ ^(٢) . وَلِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ رَدُّ الْعَيْنِ ، لَزِمَهُ رَدُّ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا . فَإِنْ كَانَ الْمُتْلَفُ مِثْلِيًّا ؛ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ^(٣) ، وَجَبَ

قوله : وَإِنْ تَلَفَ الْمَغْضُوبُ ، لَزِمَهُ مِثْلُهُ ، إِنْ كَانَ مَكِيلًا ، أَوْ مَوْزُونًا . وَكَذَا لَوْ اتَّلَفَهُ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، سِوَاءَ تَمَائِلَتْ أَجْزَاؤُهُ ، أَوْ تَفَاوَتْ ؛ كَالْأَثْمَانِ ، وَالْحُبُوبِ ، وَالْأَذْهَانِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْعُمْدَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « التَّسْهِيلِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَحَكَاهُ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ إِجْمَاعًا فِي الْمَأْكُولِ ، وَالْمَشْرُوبِ . وَعَنْهُ ، يَضْمَنُهُ بِقِيمَتِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : ذَكَرَهَا الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ فِي كِتَابِهِ « التَّمَامِ » ، وَأَبُو الْحَسَنِ ابْنُ

(١) تقدم تخريجه في ٢٥٥/١٣ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ، من كتاب البيوع . المجتبى

٢٧٦/٧ .

(٢) سورة البقرة ١٩٤ .

(٣) بعده في تش ، م : « مكيلاً أو موزوناً » .

وَأِنْ أُعَوِّزَ الْمِثْلُ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَةُ مِثْلِهِ يَوْمَ إِعْوَاظِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : ^{المقنع}
يُضْمَنُهُ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ الْقَبْضِ . وَعَنْهُ ، تَلَزُّمُهُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ تَلْفِهِ .

الشرح الكبير

الْمِثْلُ ، قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : كُلُّ مَطْعُومٍ مِنْ مَأْكُولٍ أَوْ مَشْرُوبٍ ، فَمُجْمَعٌ عَلَى أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى مُسْتَهْلِكِهِ مِثْلُهُ لَا قِيَمَتُهُ . وَلَأَنَّ الْمِثْلَ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنَ الْقِيَمَةِ ، فَهُوَ مُمَاتِلٌ لَهُ مِنْ طَرِيقِ الصُّورَةِ وَالْمُشَاهَدَةِ ^(١) وَالْمَعْنَى ، وَالْقِيَمَةُ مُمَاتِلَةٌ مِنْ طَرِيقِ الظَّنِّ وَالْاجْتِهَادِ ، فَقُدِّمَ مَا طَرِيقُهُ الْمُشَاهَدَةُ ، كَالنَّصِّ ، لَمَّا كَانَ طَرِيقُهُ الْإِذْرَاكُ بِالسَّمَاعِ كَانَ أَوْلَى مِنَ الْقِيَاسِ ؛ لِأَنَّ طَرِيقَهُ الظَّنَّ وَالْاجْتِهَادَ .

٢٣٥١ - مسألة : (وَإِنْ أُعَوِّزَ الْمِثْلُ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَةُ مِثْلِهِ يَوْمَ إِعْوَاظِهِ .
وَقَالَ الْقَاضِي) : تَجِبُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ قَبْضِ الْبَدَلِ ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ الْمِثْلُ إِلَى

الإنصاف

بَكْرُوسٍ فِي « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » ، وَذَكَرَهُ الْقَاضِي أَيْضًا . وَذَكَرَ أَيْضًا أَخَذَ الْقِيَمَةَ فِي نُقْرَةٍ ^(٢) ، وَسَبِيكَةِ الْأَثْمَانِ ، وَعَنْبٍ ، وَرُطْبٍ ، وَكُمَثْرَى . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُضْمَنَ النُّقْرَةُ بِقِيَمَتِهَا .

تَنْبِيهِ : مَحَلُّ هَذَا إِذَا كَانَ بَاقِيًا عَلَى أَصْلِهِ ، فَأَمَّا مُبَاخُ الصَّنَاعَةِ ؛ كَمَعْمُولِ الْحَدِيدِ ، وَالتُّحَاسِ ، وَالرِّصَاصِ ، وَالصُّوفِ ، وَالشَّعْرِ الْمَغْزُولِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ يُضْمَنُ بِقِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ عَنْ أَصْلِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ .

قوله : وَإِنْ أُعَوِّزَ الْمِثْلُ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَةُ مِثْلِهِ يَوْمَ إِعْوَاظِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ

(١) زيادة من : م .

(٢) النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة .

حينَ قَبْضِ الْبَدَلِ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ وُجِدَ الْمِثْلُ بَعْدَ إِغْوَاظِهِ ، لَكَانَ الْوَاجِبُ
هُوَ دُونَ الْقِيَمَةِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ :
تَجِبُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْمُحَاكَمَةِ ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ لَمْ تَنْتَقِلْ إِلَى ذِمَّتِهِ إِلَّا حِينَ حَكَمَ
بِهَا الْحَاكِمُ . وَلَنَا ، [٢٨٦/٤ ط] أَنَّ الْقِيَمَةَ وَجَبَتْ فِي الذِّمَّةِ حِينَ انْقِطَاعِ
الْمِثْلِ ، فَاعْتَبِرَتِ الْقِيَمَةُ حِينَئِذٍ ، كَتَلَفِ الْمُتَقَوِّمِ ، وَدَلِيلُ وَجُوبِهَا حِينَئِذٍ
أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ طَلَبَهَا وَاسْتِيفَاءَهَا ^(١) ، وَيَجِبُ عَلَى الْغَاصِبِ أَدَاؤُهَا ، وَلَا يَنْفِي
وُجُوبَ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْجُوزٌ عَنْهُ ، وَالتَّكْلِيفُ يَسْتَدْعِي الْوُسْعَ ، وَلِأَنَّهُ
لَا يَسْتَحِقُّ طَلَبَ الْمِثْلِ وَلَا اسْتِيفَاءَهُ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْآخَرِ أَدَاؤُهُ ، فَلَمْ

جَاهِئُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « نَاطِمِ »
« الْمُفْرَدَاتِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ،
وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ،
وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ،
وَ « الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ لِلْذَّهَبِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي
« الْخِصَالِ » : يَضُمُّهُ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ الْقَبْضِ . يَعْنِي يَوْمَ قَبْضِ الْبَدَلِ . قَالَ فِي
« التَّلْخِصِ » : وَذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ . وَعَنْهُ ،
تَلَزَمَ قِيَمَتُهُ يَوْمَ تَلَفِهِ . وَقِيلَ : أَكْثَرُهَا . يَعْنِي أَكْثَرُ الْقِيَمَتَيْنِ ؛ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْبَدَلِ ،
وَقِيَمَتُهُ يَوْمَ التَّلَفِ . وَعَنْهُ ، يَوْمَ الْمُحَاكَمَةِ . وَعَنْهُ ، يَلْزَمُهُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ غَضَبِهِ .
وَقِيلَ : يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ الْقِيَمَتَيْنِ ؛ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْإِغْوَاظِ ، وَقِيَمَتُهُ يَوْمَ الْغَضَبِ . وَهُوَ
تَخْرِيجٌ فِي « الْهِدَايَةِ » وَغَيْرِهَا .

يَكُنْ وَاجِبًا ، كحَالَةِ الْمُحَاكَمَةِ . وَأَمَّا إِذَا قَدَّرَ عَلَى الْمِثْلِ بَعْدَ فَقْدِهِ ، فَإِنَّهُ يَعُودُ وَجُوبُهُ ؛ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ قَدَّرَ عَلَيْهِ قَبْلَ آدَاءِ الْبَدَلِ ، فَأَشْبَهَ الْقُدْرَةَ عَلَى الْمَاءِ بَعْدَ التَّيْمُمِ ، وَهَذَا لَوْ قَدَّرَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْمُحَاكَمَةِ وَقَبْلَ الْإِسْتِيفَاءِ ، اسْتَحَقَّ الْمَالِكُ طَلَبَهُ وَأَخَذَهُ (وَعَنْهُ ، تَلَزَمَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ تَلَفِهِ) لِأَنَّ الْقِيَمَةَ إِنَّمَا ثَبَتَتْ فِي الذِّمَّةِ حِينَ التَّلَفِ ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ التَّلَفِ يَجِبُ رَدُّهُ ، فَإِذَا تَلَفَ وَجَبَتْ قِيمَتُهُ « فِي الذِّمَّةِ حِينَئِذٍ وَكَانَ الْوَاجِبُ قِيمَتُهُ يَوْمَ ثَبَتَ فِي الذِّمَّةِ ، وَلِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْقِيَمَةِ فَوَجَبَتْ قِيمَتُهُ »^(١) يَوْمَ تَلَفِهِ ، كغَيْرِ الْمِثْلِيِّ .

فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، إِنْ قَدَّرَ عَلَى الْمِثْلِ قَبْلَ أَخْذِ الْقِيَمَةِ ، وَجَبَ رَدُّ الْمِثْلِ . قَالَه الْأَصْحَابُ . وَقَالَ [١٩٦/٢ ظ] فِي « الْقَاعِدَةِ السَّادِسَةِ عَشْرَةَ » : يَتَّبِعِي أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُهُمْ عَلَى مَا إِذَا قَدَّرَ عَلَى الْمِثْلِ عِنْدَ الْإِتْلَافِ ، ثُمَّ عَدِمَهُ . أَمَّا إِنْ عَدِمَهُ ابْتِدَاءً ، فَلَا يَنْبَغُ أَنْ يُخْرَجَ فِي وَجُوبِ آدَاءِ الْمِثْلِ خِلَافٌ . انْتَهَى . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ أَخْذِهَا ، أَجْزَأَتْ ، وَلَا يَلْزَمُهُ رَدُّهَا ، وَأَخَذَ الْمِثْلَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : لَمْ يَرُدَّ الْقِيَمَةُ فِي الْأَصَحِّ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : لَمْ يَرُدَّ الْقِيَمَةُ عَلَى الْأَظْهَرِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْفَائِقِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقِيلَ : يَرُدُّهُ ، وَيَأْخُذُ الْمِثْلَ . الثَّانِيَةُ ، الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ الْمِثْلِيَّ هُوَ الْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : الْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ . كَذَلِكَ نَصَّ عَلَيْهِ ، مِنْ رِوَايَةِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَانِيٍّ ، وَحَرْبِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ . وَتَقَدَّمَ كَلَامُ الْقَاضِي ، فِي السَّبِيكَةِ ، وَنَحْوِهَا . وَقَالَ فِي « الْمُجَرَّدِ » : الْحَطْبُ ، وَالْخَشَبُ ،

(١-١) سقط من : تش ، م .

وَأِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا ، ضَمِنَهُ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ تَلْفِهِ فِي بَلَدِهِ مِنْ نَقْدِهِ .

٢٣٥٢ - مسألة : (وإن لم يكن مثليًّا ، ضَمِنَهُ ^(١) بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ تَلْفِهِ فِي بَلَدِهِ مِنْ نَقْدِهِ) لِمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ » . مُتَّفَقٌ ^(٢)

والحديد ، والنحاس ، والرصاص ، ليس مثليًّا ؛ لَأَنَّهُ ^(٣) يَخْتَلِفُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَعُمُومُ نَصِّ أَحْمَدَ عَلَى خِلَافِهِ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ . انْتَهَى . وَذَكَرَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، أَنَّ كُلَّ مَا لَا يُضْبَطُ بِالصَّفَةِ ؛ كَالرُّبُيَّاتِ ، وَالْأَشْرِبَةِ ، وَالْغَالِيَةِ ^(٤) ، غَيْرُ مِثْلِيٍّ ؛ لِاخْتِلَافِهِ بِاخْتِلَافِ الْمُرَكَّبَاتِ وَالتَّرَكِيبِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالصَّوَابُ إِذْ رَاجِعُهُ فِي الْمَنْصُوصِ ؛ لَأَنَّهُ مَوْزُونٌ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ أَيْضًا : وَلَعَمْرِي ، إِنْ أَعْتَبَرَا الْمِثْلِيَّ بِكُلِّ مَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ حَسَنٌ ، وَالتَّشَابُهُ فِي غَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ مُمَكِّنٌ ، فَلَا مَانِعَ مِنْهُ ، وَكَذَلِكَ مَا انْقَسَمَ بِالْأَجْزَاءِ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ مِنْ غَيْرِ تَقْوِيمٍ ، مُضَافًا إِلَى هَذَا النَّوعِ ؛ لَوْجُودِ التَّمَاثُلِ ، وَانْتِفَاءِ التَّخَالُفِ . انْتَهَى . الثَّلَاثَةُ ، الدَّرَاهِمُ الْمَعْشُوشَةُ الرَّائِجَةُ مِثْلِيَّةٌ ؛ لِتَمَاثُلِهَا عُرْفًا ، وَلَأَنَّ أَخْلَاطَهَا غَيْرُ مَقْصُودَةٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ .

قوله : وَأِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا ، ضَمِنَهُ بِقِيَمَتِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَهُوَ مِنَ الْمُفْرَدَاتِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هُوَ قَوْلُ الْأَكْثَرِينَ . وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ فِي الْأَمَةِ مِنْ رِوَايَةِ صَالِحٍ ، وَحَنْبَلٍ ، وَمُوسَى بْنِ سَعِيدٍ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى

(١-١) سقط من : تش ، م .

(٢) في الأصل ، ١ : « لا » .

(٣) الغالية : أخلاط من الطيب كالمسك والعنبر .

(١) عليه^(٣) . فَأَمَرَ بِالتَّقْوِيمِ فِي حِصَّةِ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّهَا مُتَلَفَةٌ بِالْعَتَقِ ، وَلَمْ يَأْمُرْ بِالْمِثْلِ . وَلِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا تَتَسَاوَى أَجْزَاؤُهَا ، وَتَخْتَلِفُ صِفَاتُهَا ، فَالْقِيَمَةُ فِيهَا أَعْدَلُ وَأَقْرَبُ إِلَيْهَا فَكَانَتْ أَوْلَى^(١) . فِي قَوْلِ الْجَمَاعَةِ . وَحُكِيَ عَنِ الْعَنْبَرِيِّ : يَجِبُ فِي كُلِّ شَيْءٍ مِثْلُهُ ؛ لِمَا رَوَتْ جَسْرَةُ بِنْتُ دَجَاجَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّهَا قَالَتْ : مَا رَأَيْتُ صَانِعًا مِثْلَ حَفْصَةَ ، صَنَعَتْ طَعَامًا فَبَعَثَتْ بِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَأَخَذَنِي الْأَفْكَلُ^(٣) فَكَسَرْتُ الْإِنَاءَ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، مَا كَفَّارَةُ مَا صَنَعْتُ ؟ فَقَالَ :

الْكَحَّالِ ، وَفِي الدَّابَّةِ مِنْ رِوَايَةٍ مُهَنَّا ، وَفِي الثِّيَابِ مِنْ رِوَايَةِ الْكَحَّالِ أَيْضًا ، وَابْنِ مُشَيْشٍ ، وَمُهَنَّا . وَعَنْهُ فِي الثُّوبِ وَالْعَصَا وَالْقِصْعَةِ ، وَنَحْوِهَا ، يَضْمَنُهَا بِالْمِثْلِ ، مُرَاعِيًا لِلْقِيَمَةِ . اخْتَارَهُ الشَّيْخُ نَقِيُّ الدِّينِ ، وَصَاحِبُ « الْفَائِقِ » . قَالَ فِي رِوَايَةِ مُوسَى بْنِ سَعِيدٍ : الْمِثْلُ فِي الْعَصَا ، وَالْقِصْعَةِ إِذَا كُسِرَ ، وَفِي الثُّوبِ ، وَصَاحِبُ الثُّوبِ مُخَيَّرٌ ؛ إِنْ شَاءَ شَقَّ الثُّوبَ ، وَإِنْ شَاءَ مِثْلُهُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ :

(١ - ١) سقط من : تش ، م .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة العدل ، وباب الشركة في الرقيق ، من كتاب الشركة ، وفي : باب إذا أعتق عبدًا بين اثنين ، وباب إذا أعتق نصيبًا في عبد ... ، من كتاب العتق . صحيح البخاري ٣ / ١٨٢ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٨٩ ، ١٩٠ . ومسلم ، في : أول كتاب العتق ، وفي : باب من أعتق شركاء له في عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٢ / ١١٣٩ ، ١١٤٠ ، ٣ / ١٢٨٦ ، ١٢٨٧ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب في من أعتق نصيبًا له من مملوك ، وباب من ذكر السعاية في هذا الحديث ، وباب في من روى أنه لا يستسعى ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ٢ / ٣٤٨ - ٣٥٠ . والترمذي ، في : باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ٩٢ - ٩٤ . والنسائي ، في : باب الشركة بغير مال ، وباب الشركة في الرقيق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٨٠ ، ٢٨١ . وابن ماجه ، في : باب من أعتق شركاء له في عبد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢ ، ١٥ ، ٣٧ .

(٣) الأفكل : الرعدة .

« إِنَاءٌ مِثْلُ الْإِنَاءِ ، وَطَعَامٌ مِثْلُ الطَّعَامِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١) . وَعَنْ أَنَسٍ ، أَنَّ إِحْدَى نِسَاءِ النَّبِيِّ ﷺ كَسَرَتْ قَصْعَةً الْأُخْرَى ، فَدَفَعَ النَّبِيُّ ﷺ قَصْعَةَ الْكَاسِرَةِ إِلَى رَسُولِ صَاحِبَةِ الْمَكْسُورَةِ [٢٨٧/٤] وَحَبَسَ الْمَكْسُورَةَ فِي بَيْتِهِ ، رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ بِنَحْوِهِ ^(٢) . وَقَالَ : حَسَنٌ صَحِيحٌ .
^(٣) وَلَنَا ، حَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، فِي الْعِتْقِ ، وَمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَعْنَى فِي الْحَدِيثِ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ جَوَّزَ ذَلِكَ بِالتَّرَاضِي وَعَلِمَ أَنَّهَا تَرْضَى بِهِ ^(٣) . وَيَكُونُ ذَلِكَ يَوْمَ تَلْفِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَيَكُونُ فِي بَلَدِهِ

مَعْنَاهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ؛ إِنْ شَاءَ أَخَذَ أَرْضَ الشَّقِّ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَفِيهِ نَظَرٌ ؛ فَقَدْ قَالَ فِي رِوَايَةِ الشَّالْتَنِجِيِّ : يَلْزِمُهُ الْمِثْلُ فِي الْعَصَا ، وَالْقَصْعَةِ ، وَالتُّوبِ . قُلْتُ : فَلَوْ كَانَ الشَّقُّ قَلِيلًا ؟ قَالَ : صَاحِبُ التُّوبِ بِالْخِيَارِ ؛ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا ، وَذَكَرَ ذَلِكَ فِي « الْفَاتِقِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » وَعَنْهُ ، يَضُمُّهُ بِمِثْلِهِ . ^(١) ذَكَرَهَا ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَاخْتَارَهَا شَيْخُنَا . قَالَ فِي « الْأَخْتِيَارَاتِ » : وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ ابْنِ أَبِي مُوسَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، وَاخْتَارَهُ ، وَذَكَرَ لَفْظَهُ فِي « الْإِرْشَادِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْحَقُّ . وَعَنْهُ ، يَضُمُّهُ بِمِثْلِهِ ^(٢) . وَعَنْهُ ،

(١) في : باب أبي من أفسد شيئا يغرم مثله ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٦٧ .
 كما أخرجه النسائي ، في : باب الغيرة ، من كتاب عشرة النساء . المجتبى ٧ / ٦٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ١٤٨ ، ٢٧٧ .

(٢) في : باب في من يكسر له الشيء ما يحكم له من مال الكاسر ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٦ / ١١٣ . كما أخرجه البخاري ، في : باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره ، من كتاب المظالم . صحيح البخاري ٣ / ١٧٩ . وأبو داود ، في : باب في من أفسد شيئا يغرم مثله ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٦٧ .

(٣ - ٣) سقط من : تش ، م .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَضْمَنَهُ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ غَضَبِهِ .

المفنع

من نَقْدِهِ ؛ لَأَنَّهُ مَوْضِعُ الضَّمَانِ ، يَعْنِي يَضْمَنُهُ فِي الْبَلَدِ الَّذِي غَضَبَهُ فِيهِ مِنْ نَقْدِهِ (وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَضْمَنَهُ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ غَضَبِهِ) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ؛ لَأَنَّهُ قَوَّتَهُ عَلَيْهِ بَعْضُهُ ، فَكَانَ عَلَيْهِ قِيَمَةُ مَا قَوَّتَ عَلَيْهِ حِينَ قَوَّتَهُ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ أَرْطَالًا مِنْ كَذَا وَكَذَا : أَعْطَاهُ عَلَى السَّعْرِ يَوْمَ أَخَذَهُ لَا يَوْمَ مُحَاسَبَتِهِ . وَكَذَلِكَ^(١) رَوَى عَنْهُ فِي حَوَائِجِ الْبَقَالِ : عَلَيْهِ الْقِيَمَةُ يَوْمَ الْأَخْذِ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْقِيَمَةَ تُعْتَبَرُ يَوْمَ الْعَصَبِ ، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى . قَالَ شَيْخُنَا^(٢) : وَيُمْكِنُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْعَصَبِ مِنْ قَبْلِ أَنْ مَا أَخَذَهُ هَهُنَا بِإِذْنِ مَالِكِهِ مَلَكَهُ وَحَلَّ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، فَتُبَيَّنَتْ قِيَمَتُهُ يَوْمَ مَلَكَهُ ، وَلَمْ يَتَّعَيَّرْ^(٣) مَا ثَبَتَ فِي

يَضْمَنُهُ^(٤) فِي غَيْرِ الْحَيَوَانِ بِمِثْلِهِ . ذَكَرَهُ جَمَاعَةٌ . وَذَكَرَ فِي « الْوَاضِحِ » ، الْإِنْصَافِ ، وَ« الْمُوجِزِ » ، أَنَّهُ يَنْقُصُ عَنْهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ . وَذَكَرَ فِي « الْإِنْصَافِ » ، وَ« الْمُفْرَدَاتِ » ، لَوْ حَكَمَ حَاكِمٌ بَغَيْرِ الْمِثْلِ فِي الْمِثْلِيِّ ، وَبَغَيْرِ الْقِيَمَةِ فِي الْمُتَقَوِّمِ ، لَمْ يَنْفِذْ حُكْمَهُ ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ قَبُولُهُ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، فِي مَنْ كَسَرَ خَلْخَالَاً ، أَنَّهُ يُضْلِحُّهُ .

قوله : ضَمَنَهُ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ تَلَفِهِ فِي بَلَدِهِ مِنْ نَقْدِهِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . نَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ عَنْ أَحْمَدَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ وَالْمَشْهُورُ . وَقَالَ الزَّرْكَاشِيُّ : هَذَا

(١) فِي تَشْ ، م : « وَلِذَلِكَ » .

(٢) فِي : الْمَعْنَى ٤٠٥/٧ .

(٣) فِي تَشْ ، م : « يُعْتَبَرُ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ط : « يَجُوزُ » . انْظُرْ : الْفُرُوعُ ٥٠٧/٤ .

ذِمَّتْهُ بِتَغْيِيرِ قِيَمَةِ مَا أَخَذَهُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ ، وَالْمَعْصُوبُ مِلْكُ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ ،
وَالوَاجِبُ رَدُّهُ لَا قِيَمَتُهُ ، وَإِنَّمَا تَثَبَّتْ قِيَمَتُهُ فِي الذِّمَّةِ يَوْمَ تَلْفِهِ أَوْ انْقِطَاعِ
مِثْلِهِ ، فَاعْتَبِرَتِ الْقِيَمَةُ حِينَئِذٍ ، وَتَغْيِيرَتِ بِتَغْيِيرِهِ قَبْلَ ذَلِكَ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ
الْمَعْصُوبُ بَاقِيًا وَتَعَدَّرَ رَدُّهُ ، فَأَوْجَبْنَا رَدَّ قِيَمَتِهِ ، فَإِنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهَا يَوْمَ قَبْضِهَا ؛
لَأَنَّ الْقِيَمَةَ لَمْ تَثَبَّتْ فِي الذِّمَّةِ قَبْلَ ذَلِكَ ، وَلِهَذَا يَتَخَيَّرُ بَيْنَ أَخْذِهَا وَالْمُطَالَبَةِ
بِهَا ، وَبَيْنَ الصَّبْرِ إِلَى وَقْتِ إِمْكَانِ الرَّدِّ وَمُطَالَبَةِ الْغَاصِبِ بِالسَّعْيِ فِي رَدِّهِ ،
وَإِنَّمَا يَأْخُذُ الْقِيَمَةَ لِأَجْلِ الْحِيلُولَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، فَيُعْتَبَرُ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ؛ لِأَنَّ
مِلْكَهُ لَمْ يَزُلْ عَنْهُ بِخِلَافِ غَيْرِهِ .

الْمَشْهُورُ وَالْمُخْتَارُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « نَظْمِ
الْمُفْرَدَاتِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ،
وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ،
وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يُضْمَنَهُ
بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ غَضَبِهِ . وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : أُرْوَدَ الْمُصَنِّفُ ، وَأَبُو
الْخَطَّابِ هَذَا التَّخْرِيجَ مِنْ قَوْلِ أَحْمَدَ ، فِي حَوَائِجِ الْبَقَالِ ؛ يُعْطِيهِ عَلَى سِعْرِ يَوْمِ
أَخْذِهِ . وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الْحَوَائِجَ يَمْلِكُهَا الْآخِذُ بِأَخْذِهَا ، بِخِلَافِ الْمَعْصُوبِ .
انْتَهَى . وَعَنْهُ ، أَكْثَرُهُمَا ، يَعْنِي أَكْثَرَ الْقِيَمَتَيْنِ ؛ قِيَمَتُهُ يَوْمَ تَلْفِهِ ، وَيَوْمَ غَضَبِهِ . قَالَ
الْحَارِثِيُّ : وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ حَكَّى رِوَايَةً بِوُجُوبِ أَقْصَى الْقِيَمِ ؛ مِنْ يَوْمِ
الْعُصْبِ إِلَى يَوْمِ التَّلَفِ . وَنَسَبَ إِلَى الْخِرَقِيِّ مِنْ قَوْلِهِ : وَلَوْ غَضَبَهَا حَامِلًا ،
فَوَلَدَتْ فِي يَدِهِ ، ثُمَّ مَاتَ الْوَلَدُ ، أَخَذَهَا سَيِّدُهَا ، وَقِيَمَةُ وَلَدِهَا أَكْثَرُ مَا كَانَتْ
قِيَمَتُهُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ السَّامَرِيِّ . قَالَ الْقَاضِي فِي « الرِّوَايَتَيْنِ » : وَمَا وَجَدْتُ رِوَايَةً

فصل : وقد ذكرنا أن ما تتماثل أجزاؤه وتتقارب ؛ كالأثمان والحُبوب والأذهان ، يُضْمَنُ بِمِثْلِهِ . وهذا لا خلاف فيه . فأما سائر المكيل والموزون ، فظاهر [٢٨٧/٤ ط] كلام أحمد ، أنه يضمن بمثله أيضًا ، فإنه قال في رواية حرب : ما كان من الدراهم والدنانير ، وما يُكَالُ ويوزن . فظاهره وجوب المثل في كل مكيل وموزون ، إلا أن يكون مما فيه صناعة مباحة ، كمعمول الحديد ، والنحاس ، والرصاص ، والصوف ، والشعر المغزول ، فإنه يضمن بقيمته ؛ لأن الصناعة تؤثر في قيمته ، وهي مختلفة ، فالقيمة فيه أحصر ، فأشبهه غير المكيل والموزون . وذكر القاضي أن الثقرة والسبيكة من الأثمان ، والعنب ، والرطب ، والكمثرى ، إنما يضمن بقيمته . وظاهر كلام أحمد يدل على ما قلنا . وإنما خرج منه ما فيه الصناعة ؛ لما ذكرنا . ويحتمل أن تضمن الثقرة بقيمتها ؛ لتعذر وجود مثلها إلا بكسر النقود المضروبة وسبكها ، وفيه إتلاف .

بما قال الخرقى ، وهو عندي غير منافي للأول ؛ فإن قيمة الولد بعد الولادة تتزايد بتزايد تربيته ؛ فيكون يوم موته أكثر ما كانت ، وعلى هذا يتعين حمل ما قال ؛ لأنه المعروف من نص أحمد ، وما عداه من ذلك لا يُعرف من نصه . انتهى .

فائدة : حكم المقبوض بعقد فاسد ، وما جرى مجراه ، حكم المعصوب في اعتبار الضمان بيوم التلف ، وكذا المتلف بلا غضب ، بغير خلاف . قاله الحارثي . وتقدمت الإحالة على هذا المكان [١٩٧/٢ و] في آواخر خيار البيع . وقوله : في بلده . هو الصحيح من المذهب . أى في بلد غضبه . جزم به في

فصل : وقد قال الخِرْقِيُّ في مَنْ غَضِبَ جَارِيَةً حَامِلًا فَوَلَدَتْ في يَدَيْهِ ، ثم مات الولدُ : أَخَذَهَا سَيِّدُهَا وَقِيمَةً وَلَدِيهَا أَكْثَرَ مَا كَانَتْ قِيمَتُهُ . فَحَمَلَ الْقَاضِي قَوْلَ الْخِرْقِيِّ عَلَى مَا إِذَا اخْتَلَفَتِ الْقِيَمَةُ لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فعلى هذا ، إِذَا تَلَفَ الْمَغْضُوبُ ، لَزِمَ الْغَاصِبُ قِيمَتَهُ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ مِنْ يَوْمِ الْعَصَبِ إِلَى يَوْمِ التَّلَفِ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ الْقِيَمَتَيْنِ فِيهِ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ ، فَإِذَا تَعَذَّرَ رَدُّهَا ، ضَمِنَهُ ، كَقِيمَتِهِ يَوْمَ التَّلَفِ ، وَإِنَّمَا سَقَطَتِ الْقِيَمَةُ مَعَ رَدِّ الْعَيْنِ . وَالْمَذْهَبُ أَنَّ زِيَادَةَ الْقِيَمَةِ بِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ عَلَى الْغَاصِبِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ . وَعَلَى هَذَا ، فَكَلَامُ الْخِرْقِيِّ مُحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا اخْتَلَفَتِ الْقِيَمَةُ لِمَعْنَى فِي الْمَغْضُوبِ ، مِنْ كِبَرٍ ، وَصِغَرٍ ، وَسِمَنِ ، وَهَزَالٍ ، وَنَسْيَانٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَالْوَاجِبُ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ ؛ لِأَنَّهَا مَغْضُوبَةٌ فِي الْحَالِ الَّتِي زَادَتْ فِيهَا ، وَالزِّيَادَةُ لِمَالِكِهَا مَضْمُونَةٌ عَلَى الْغَاصِبِ عَلَى مَا قَدَرْنَاهُ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ رَدَّ الْعَيْنَ نَاقِصَةً ، لَرِمَهُ أَرْضُ نَقْصِهَا وَهُوَ

الإِنصَافُ « الْهِدَايَةُ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَعَنْهُ ، تُعْتَبَرُ الْقِيَمَةُ مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ الَّذِي تَلَفَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ ضَمَانِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » . قَالَ الْحَارِثِيُّ عَنْ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ : كَذَا قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَمَنْ تَابَعَهُ . وَعَلَّلَ بِأَنَّهُ مَحَلُّ الضَّمَانِ ، فَاخْتَصَّ بِهِ دُونَ غَيْرِهِ . قَالَ : وَفِي هَذَا نَظَرٌ ؛ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَتِمَشَّى عَلَى اعْتِبَارِ الضَّمَانِ يَوْمَ الْعَصَبِ ، لِأَنَّهُ إِذَنْ مَحَلُّ الضَّمَانِ ، أَمَّا عَلَى اعْتِبَارِهِ يَوْمَ التَّلَفِ ، كَمَا هُوَ الصَّحِيحُ ، فَلَا عِتْبَارَ إِذَنْ إِنَّمَا هُوَ بِمَحَلِّ التَّلَفِ ؛ لِأَنَّهُ مَحَلُّ الضَّمَانِ ، حَيْثُ وَجَدَ

بَدَلُ الزِّيَادَةِ . فَإِذَا ضَمِنَ الزِّيَادَةَ مَعَ رَدِّهَا^(١) ، ضَمِنَهَا عِنْدَ تَلْفِهَا ، بِخِلَافِ زِيَادَةِ الْقِيَمَةِ لِتَغْيِيرِ [٢٨٨/٤] الْأَسْعَارِ ، فَإِنَّهَا لَا تُضْمَنُ مَعَ رَدِّهَا ، فَكَذَلِكَ مَعَ تَلْفِهَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا إِنَّمَا سَقَطَتْ مَعَ رَدِّ الْعَيْنِ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ وَجَبَتْ مَا سَقَطَتْ بِالرَّدِّ ، كَزِيَادَةِ السَّمَنِ . قَالَ الْقَاضِي : وَلَمْ أَجِدْ عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً بِأَنَّهَا تُضْمَنُ بِأَكْثَرِ الْقِيَمَتَيْنِ لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ . فَعَلَى هَذَا ، تُضْمَنُ بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ التَّلْفِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تُضْمَنُ بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ الْعَصَبِ ، إِلَّا أَنَّ الْخَلَّالَ قَالَ : جَبْنَ أَحْمَدُ عَنْهُ . كَأَنَّهُ رَجَعَ إِلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ .

سَبَبُهُ فِيهِ ، فَوَجَبَ الْإِعْتِبَارُ بِهِ . وَقَدْ أَشَارَ صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » إِلَى مَا قُلْنَا ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : لَوْ غُصِبَ فِي بَلَدٍ ، وَتَلَفَ فِي بَلَدٍ آخَرَ ، وَلَقِيَهِ فِي ثَالِثٍ ، كَانَ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِقِيَمَةِ أَىِّ الْبَلَدَيْنِ شَاءَ ؛ مِنْ بَلَدِ الْعَصَبِ وَالتَّلْفِ ، إِلَّا أَنْ نَقُولَ : الْإِعْتِبَارُ بِيَوْمِ الْقَبْضِ . فَيُطَالَبُ بِالْقِيَمَةِ فِي بَلَدِ الْعَصَبِ . انْتَهَى . قُلْتُ : قَدْ صَرَّحَ فِي « التَّلْخِصِ » ، بِأَنَّهُ تُعْتَبَرُ الْقِيَمَةُ فِي بَلَدِ الْعَصَبِ ، فِي هَذَا الْمَحَلِّ مِنْ « كِتَابِهِ » ، فَقَالَ : وَتُعْتَبَرُ الْقِيَمَةُ فِي بَلَدِ الْعَصَبِ . وَعَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ ؛ إِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ نَقْدٌ ، أَخَذَ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ نَقُودٌ ، أَخَذَ مِنْ غَالِيهَا . صَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ جِنْسِ الْمَعْصُوبِ ؛ مِثْلَ الْمَصُوغِ ، وَنَحْوِهِ ، عَلَى مَا يَأْتِي .

فَوَائِدُ الْأُولَى ، لَوْ نُسِجَ غَزَلًا ، أَوْ عُجِنَ دَقِيقًا ، فَقِيلَ : حُكْمُهُ كَذَلِكَ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْفَائِقِ » . وَقِيلَ : حُكْمُهُ كَذَلِكَ ، أَوِ الْقِيَمَةُ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : وَهُوَ أَوْلَى عِنْدِي . وَأُطْلِقُهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . الثَّانِيَةُ ، لَا قِصَاصَ فِي الْمَالِ ؛ مِثْلَ

(١) سقط من : تش ، وفي م : « بقائها » .

فَإِنْ كَانَ مَصُوعًا أَوْ تَبْرًا تُخَالِفُ قِيمَتُهُ وَزَنَهُ ، قَوْمَهُ بغيرِ جِنْسِهِ .

٢٣٥٣ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ مَصُوعًا أَوْ تَبْرًا تُخَالِفُ قِيمَتُهُ وَزَنَهُ ، قَوْمَهُ بغيرِ جِنْسِهِ) متى كَانَ الْمُصَاعُ تَزِيدُ قِيمَتُهُ عَلَى وَزَنِهِ أَوْ تَنْقُصُ ، وَالصَّنَاعَةُ مُبَاحَةً ، كَحَلِيِّ النِّسَاءِ ، وَجَبَ ضَمَانُهُ بِقِيمَتِهِ ، لَكِنْ يَقَوْمُهُ بغيرِ

شَقِّ ثَوْبِهِ ، وَنَحْوِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَنَقَلَ إِسْمَاعِيلُ ، وَمُوسَى بْنُ سَعِيدٍ ، وَالشَّالْتَنَجِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ ، أَنَّهُ مُخَيَّرٌ فِي ذَلِكَ . وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَصَاحِبُ « الْفَائِقِ » ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَتَقَدَّمَ النُّقْلُ فِي ذَلِكَ قَرِيبًا ، فِي قَوْلِهِ : وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلًا . وَيَأْتِي : هَلْ يَنْقُصُ مِنَ اللَّطْمَةِ ، وَنَحْوِهَا ؟ فِي بَابِ مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ . الثَّلَاثَةُ ، لَوْ غَضَبَ جَمَاعَةُ مُشَاعًا ، فَرَدَّ وَاحِدٌ مِنْهُمْ سَهْمَ وَاحِدٍ إِلَيْهِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ ؛ حَتَّى يُعْطِيَ شُرَكَاءَهُ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَكَذَا لَوْ صَالَحُوهُ عَنْهُ بِمَالٍ . نَقَلَهُ حَرْبٌ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ أَنَّهُ يَبِيعُ الْمُشَاعَ . الرَّابِعَةُ ، لَوْ زَكَاهُ رَبُّهُ ، رَجَعَ بِهَا . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ : وَظَاهَرُ كَلَامِ أَبِي الْمَعَالِي ، لَا يَرْجِعُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَهُوَ أَظْهَرُ . وَاخْتَارَ صَاحِبُ « الرَّعَايَةِ » ، أَنَّهُ كَمَنْفَعَةٌ .

قوله : فَإِنْ كَانَ مَصُوعًا أَوْ تَبْرًا تُخَالِفُ قِيمَتُهُ وَزَنَهُ ، قَوْمَهُ بغيرِ جِنْسِهِ . هذا المذهب . قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « النَّظْمِ » : قَوْمَهُ بغيرِ جِنْسِهِ ، فِي الْأَصَحِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَقَالَ : قَالَ الشَّيْخُ وَغَيْرُهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَشْهُورُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَجُوزُ تَقْوِيمُهُ بِجِنْسِهِ . وَاخْتَارَهُ فِي « الْفَائِقِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ، وَابْنِ

جِنْسِهِ ، فَيُقَوِّمُ الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ ، وَالْفِضَّةَ بِالذَّهَبِ ؛ لِئَلَّا يُفْضِيَ ذَلِكَ إِلَى الرَّبَا . وَقَالَ الْقَاضِي : يَجُوزُ تَقْوِيمُهُ بِجِنْسِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قِيمَتُهُ ، وَالصَّنْعَةُ لَهَا قِيمَةٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلِهَا جَارَ ، وَلَوْ كَسَرَ الْحَلَى وَجَبَ عَلَيْهِ أَرْضُ ذَلِكَ ، وَيُخَالَفُ الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّ الصَّنْعَةَ لَا يُقَابِلُهَا الْعَوَضُ فِي الْعُقُودِ ، وَيُقَابِلُهَا فِي الْإِتْلَافِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَا تَنْفَرِدُ بِالْعَقْدِ وَتَنْفَرِدُ بِضَمَانِهَا فِي الْإِتْلَافِ . قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ بَعْضُهُمْ مِثْلَ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّ الْقِيمَةَ مَا أُخِذَتْ عَلَى سَبِيلِ الْعَوَضِ ، فَالزِّيَادَةُ رَبًّا ، كَالْبَيْعِ وَكَالتَنْقِصِ . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : إِذَا كَسَرَ الْحَلَى ، يُضْلِحُهُ أَحَبُّ إِلَيَّ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُمَا تَرَاضِيَا بِذَلِكَ ، لَا عَلَى طَرِيقِ الْوُجُوبِ . فَإِنْ كَانَتِ الصَّنَاعَةُ مُحَرَّمَةً ؛ كَالْأَوَانِي ، وَحَلَى الرِّجَالِ الْمُحَرَّمِ ، لَمْ يَجْزِ ضَمَانُهُ بِأَكْثَرِ مِنْ وَزْنِهِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الصَّنَاعَةَ لَا قِيمَةَ لَهَا شَرْعًا .

عَقِيلٍ . قَالَ : وَهُوَ الْأَظْهَرُ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : إِذَا اسْتَهْلَكَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَضْرُوبَيْنِ ، أَوْ لَا ، فَإِنْ كَانَ مَضْرُوبَيْنِ ، فَمِثْلَيَّانِ ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَضْرُوبَيْنِ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَصُوعَيْنِ ، أَوْ لَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَ مَصُوعَيْنِ ، فَإِنْ قِيلَ بِمِثْلِيَّتِهِ ، كَمَا هُوَ الصَّوَابُ ، فَيُضْمَنُ بِالْمِثْلِ . وَإِنْ قِيلَ بِتَقْوِيمِهِ ، وَهُوَ الْوَارِدُ فِي الْكِتَابِ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسِ نَقْدِ الْبَلَدِ ، وَاسْتَوَى زِنَةً وَقِيمَةً ، فَمَضْمُونٌ بِالزَّنَةِ مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ ، فَمَضْمُونٌ بِغَيْرِ الْجِنْسِ . وَذَكَرَهُ الْقَاضِي أَيْضًا ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَغَيْرُهُمَا . وَإِنْ كَانَ

فَإِنْ كَانَ مُحَلًى بِالنَّقْدَيْنِ مَعًا ، قَوْمَهُ بِمَا شَاءَ مِنْهُمَا ، وَأَعْطَاهُ بِقِيمَتِهِ عَرَضًا .

٢٣٥٤ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ مُحَلًى بِالنَّقْدَيْنِ مَعًا ، قَوْمَهُ بِمَا شَاءَ مِنْهُمَا) (وَأَعْطَاهُ بِقِيمَتِهِ عَرَضًا) لِئَلَّا يُفْضَى إِلَى الرَّبَا ، وَلَا يُمَكِّنُ تَقْوِيمُهُ إِلَّا بِأَحَدِهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا قِيمُ الْأَمْوَالِ ، فَدَعَتِ الْحَاجَةُ إِلَى تَقْوِيمِهِمَا بِأَحَدِهِمَا ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ ، فَكَانَتِ الْخِيَرَةُ إِلَيْهِ فِي تَقْوِيمِهِ

مُغَايِرًا لِجِنْسِ نَقْدِ الْبَلَدِ ، بَأَنْ كَانَ الْمُتَلَفُ ذَهَبًا ، وَنَقْدُ الْبَلَدِ دَرَاهِمَ ، أَوْ بِالْعَكْسِ ، ضَمِنَ بِغَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ . وَإِنْ كَانَا مَصُوغَيْنِ ؛ فَإِنْ قِيلَ بِالْمِثْلِيَّةِ فِي مِثْلِهِ ، كَمَا تَقَدَّمَ ، وَجَبَ الْمِثْلُ زِنَةً وَصُورَةً . وَإِنْ قِيلَ بِالتَّقْوِيمِ ، كَمَا هُوَ الْمَشْهُورُ ، فَإِنْ اتَّحَدَا قِيمَةً وَوَزَنًا لِسُوءِ الصَّنَاعَةِ ، ضَمِنَ بَزْنَتِهِ مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ كَيْفَ كَانَ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا ، وَجَبَتِ الْقِيمَةُ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : يَجُوزُ آدَاءُ الْقِيمَةِ مِنَ الْجِنْسِ . وَهُوَ الْأَظْهَرُ . انْتَهَى .

تنبيه : محل هذا إذا كان مباح الصناعة ، فأما مُحَرَّمُ الصَّنَاعَةِ ؛ كَالْأَوَانِي وَحَلَى الرِّجَالِ الْمُحَرَّمِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَجْزُ ضَمَانُهُ بِأَكْثَرِ مِنْ وَزْنِهِ ، وَجْهًا وَاحِدًا . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . وَعَنْهُ ، يُضْمَنُ بِقِيمَتِهِ . ذَكَرَهَا فِي «الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَزَادَ فِي «الْكُبْرَى» ، فَقَالَ : وَقِيلَ : إِنْ جَازَ اتِّخَاذُهُ ، ضَمِنَ كَالْمُبَاحِ ، وَإِلَّا فَلَا .

قوله : فَإِنْ كَانَ مُحَلًى بِالنَّقْدَيْنِ مَعًا ، قَوْمَهُ بِمَا شَاءَ مِنْهُمَا ، وَأَعْطَاهُ بِقِيمَتِهِ عَرَضًا . جَزَمَ بِهِ فِي «الْمُعْنَى» ، وَ«الشَّرْحِ» ، [١٩٧/٢ ظ] وَ«الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَ«الْفَائِقِ» ، وَ«النَّظْمِ» ،

وَأِنْ تَلَفَ بَعْضُ الْمَغْضُوبِ ، فَتَقَصَّتْ قِيَمَةُ بَاقِيهِ ؛ كَزَوْجِي خُفٌّ
تَلَفَ أَحَدُهُمَا ، فَعَلَيْهِ رَدُّ الْبَاقِي وَقِيَمَةُ التَّالِفِ وَأَرَشُ النَّقْصِ .
وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُهُ أَرَشُ النَّقْصِ .

الشرح الكبير

بما شاء منهما . والدليل على أنه لا يمكن تقويمه ^(١) إلا بأحد التَّقْدِينِ ، أنه
لا يمكن تقويمه ^(٢) بكل واحدٍ ^(٣) من التَّقْدِينِ مُنفَرِدًا ؛ لَعَدَمِ مَعْرِفَةِ مَا فِيهِ
منه ، ولأنَّ قِيَمَةَ الْحِلْيَةِ قد تَنْقُصُ بِالتَّحْلِيَةِ بها ، وقد تَزِيدُ ، ولا يمكن
إفْرَادُهَا بِالْبَيْعِ ولا بغيره مِنَ التَّصَرُّفَاتِ ، وإنما يَقُومُ الْمُحَلَّى كَالسَّيْفِ ،
بأن يُقَالَ : كَمْ قِيَمَةٌ هَذَا ؟ ولو بَيْعَ ، ما كان الثَّمَنُ إلا عَوَضًا لَهُ ؛ لأنَّ
الْحِلْيَةَ صَارَتْ صِفَةً لَهُ وَزِينَةً فِيهِ ، فكانتِ الْقِيَمَةُ فِيهِ مَوْصُوفَةً بِهَذِهِ الصِّفَةِ ،
كَقِيَمَتِهِ فِي بَيْعِهِ . والله أعلم .

٢٣٥٥ - مسألة : (وإن تَلَفَ بَعْضُ الْمَغْضُوبِ ، فَتَقَصَّتْ قِيَمَةُ
بَاقِيهِ ؛ كَزَوْجِي خُفٌّ تَلَفَ أَحَدُهُمَا ، فَعَلَيْهِ رَدُّ الْبَاقِي وَقِيَمَةُ التَّالِفِ وَأَرَشُ
النَّقْصِ . وقيل : لَا يَلْزَمُهُ أَرَشُ النَّقْصِ) إذا غَضِبَ شَيْئَيْنِ يَنْقُصُهُمَا

و «الْوَجِيزِ» ، وغيرهم . قال الحارثي : فالواجبُ الْقِيَمَةُ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ ، وهو
الْعَرَضُ مُقَوِّمًا بَإَيُّهُمَا شَاءَ . وعَلَّله ، وقال : هذا على أَصْلِ الْمُصَنِّفِ وَمُوَافَقَتِهِ فِي
الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . أمَّا على أَصْلِ الْقَاضِي وَمَنْ وَاظَفَهُ ، فجائزُ تَضْمِينِهِ بِالْجِنْسِ ، على
مَا مَرَّ . انتهى .

قوله : وإن تَلَفَ بَعْضُ الْمَغْضُوبِ ، فَتَقَصَّتْ قِيَمَةُ بَاقِيهِ ، كَزَوْجِي خُفٌّ تَلَفَ

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢-٢) في تش ، م : « منها » .

التفريق ، كزَوْجِي خُفٍّ ، أو مُصْرَاعِي بَابٍ ، فَتَلَفَ أَحَدُهُمَا ، رَدَّ الْبَاقِيَّ
وَقِيَمَةَ التَّالِفِ وَأَرْضَ نَقْصِهِمَا . فَإِذَا كَانَتْ قِيَمَتُهُمَا سِتَّةَ دَرَاهِمَ ، فَصَارَتْ
قِيَمَةُ الْبَاقِي بَعْدَ التَّلْفِ دَرَاهِمَيْنِ ، رَدَّهُ وَأَرْبَعَةَ دَرَاهِمَ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ،
أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ إِلَّا قِيَمَةُ التَّالِفِ مَعَ رَدِّ الْبَاقِي . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ
الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَلَفْ غَيْرُهُ ، وَلِأَنَّ نَقْصَ الْبَاقِي نَقْصُ قِيَمَةٍ ، فَلَا يَضُمُّنُهُ ،
كَالنَّقْصِ لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ نَقْصٌ حَصَلَ بِجِنَائَتِهِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُ ،
كَأَلَوْ غَصَبَ ثَوْبًا فَشَقَّهُ ثُمَّ تَلَفَ أَحَدُ الشَّقَّيْنِ ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ رَدُّ الْبَاقِي وَقِيَمَةُ
التَّالِفِ وَأَرْضُ النَّقْصِ إِنْ نَقَصَ ، بِخِلَافِ نَقْصِ السَّعْرِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَذْهَبْ
مِنَ الْمَغْضُوبِ عَيْنٌ وَلَا مَعْنَى ، وَهَهُنَا قُوَّةٌ مَعْنَى ، وَهُوَ إِمَّا كَانَ الْإِنْتِفَاعُ
بِهِ ، وَهَذَا هُوَ الْمَوْجِبُ لِلنَّقْصِ قِيَمَتَهُ ، وَهُوَ حَاصِلٌ مِنْ جِهَةِ الْغَاصِبِ ،
فَيَنْبَغِي أَنْ يَضُمَّنَهُ ، كَأَلَوْ قُوَّةٌ بَصَرَهُ أَوْ سَمْعَهُ أَوْ عَقْلَهُ ، أَوْ فَكٌّ تَرْكِيبُ
بَابٍ وَنَحْوِهِ .

أَحَدُهُمَا ، فَعَلِيهِ رَدُّ الْبَاقِي ، وَقِيَمَةُ التَّالِفِ ، وَأَرْضُ النَّقْصِ . ^(١) هَذَا الْمَذْهَبُ بِلَا
رَيْبٍ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَنَصَرَهُ الْمُصَنِّفُ ،
وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّنْظِيمِ » وَغَيْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ »
وَغَيْرِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » وَغَيْرِهَا . وَقِيلَ : لَا
يَلْزَمُهُ أَرْضُ النَّقْصِ ^(٢) . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا الْوَجْهُ لَا أَصْلَ لَهُ ، وَلَوْ هَائِهِ أَعْرَضَ عَنْهُ
غَيْرُ وَاحِدٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، مَعَ الْإِطْلَاعِ عَلَى إِيْرَادِ أَبِي الْخَطَّابِ لَهُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي

(١ - ١) سقط من : الأصل .

فصل : وإن غَصَبَ ثَوْبًا فَلَيْسَ بِهِ ، فَأَبْلَاهُ ، فَتَقَصَّ نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، ثُمَّ غَلَّتِ الثِّيَابُ ، فَعَادَتْ قِيَمَتُهُ كَمَا كَانَتْ ، مِثْلَ أَنْ غَصَبَ ثَوْبًا قِيَمَتُهُ عَشْرَةٌ ، فَتَقَصَّه لُبْسُهُ حَتَّى صَارَتْ قِيَمَتُهُ خَمْسَةً ، ثُمَّ زَادَتْ قِيَمَتُهُ فَصَارَتْ عَشْرَةً ، رَدَّه وَأَرْشَ نَقْصِهِ ؛ لِأَنَّ مَا تَلَفَ قَبْلَ غَلَاءِ الثَّوْبِ ثَبَتَتْ قِيَمَتُهُ فِي الذِّمَّةِ ، فَلَا يَتَغَيَّرُ ذَلِكَ بَغَلَاءِ الثَّوْبِ وَلَا رُخْصِهِ . وَكَذَلِكَ لَوْ رَخُصَتْ الثِّيَابُ ، فَصَارَتْ قِيَمَتُهُ ثَلَاثَةً ، لَمْ يَلْزَمْ الْغَاصِبَ إِلَّا خَمْسَةٌ مَعَ رَدِّ الثَّوْبِ . وَلَوْ [٢٨٩/٤] تَلَفَ الثَّوْبُ كُلُّهُ وَقِيَمَتُهُ عَشْرَةٌ ، ثُمَّ غَلَّتِ الثِّيَابُ ، فَصَارَتْ (قِيَمَةُ الثَّوْبِ) عِشْرِينَ ، لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا عَشْرَةً ؛ لِأَنَّهَا ثَبَتَتْ فِي الذِّمَّةِ عَشْرَةً ، فَلَا تَزَادُ بَغَلَاءِ الثِّيَابِ ، وَلَا تَنْقُصُ بِرُخْصِهَا .

فصل : فَإِنْ غَصَبَ ثَوْبًا أَوْ زِيًّا^(١) فَذَهَبَ بَعْضُ أَجْزَائِهِ ؛ كَخَمَلِ الْمِنْشَفَةِ ، فَعَلَيْهِ أَرْشُ نَقْصِهِ . وَإِنْ أَقَامَ عِنْدَهُ مُدَّةً لِمِثْلِهَا أُجْرَةً ، لَزِمَتْهُ أُجْرَتُهُ ، سِوَاءِ اسْتِعْمَالِهِ أَوْ تَرْكِهِ . وَلَوْ اجْتَمَعَا ؛ مِثْلَ أَنْ أَقَامَ عِنْدَهُ مُدَّةً وَذَهَبَ بَعْضُ أَجْزَائِهِ ، فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُمَا مَعًا ؛ الْأُجْرَةُ وَأَرْشُ النِّقْصِ ، سِوَاءِ كَانَ ذَهَابُ الْأَجْزَاءِ بِالِاسْتِعْمَالِ ،^(٢) أَوْ بِغَيْرِهِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : إِنْ نَقَصَ بِغَيْرِ الْإِسْتِعْمَالِ^(٣) ؛ كَثَوْبٍ يَنْقُصُهُ النَّشْرُ^(٤) ، نَقَصَ

« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » .

(١ - ١) فِي تَشْ ، م : « قِيَمَتُهُ » .

(٢) الزِّيَّةُ : نَوْعٌ مِنَ الْبِسِطِ . جَمْعُهَا زَلَالِي .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « اللَّيْسِ » .

بِنَشْرِهِ ، وَبَقِيَ عِنْدَهُ مُدَّةٌ ، ضَمِنَ الْأَجْرَ وَالنَّقْصَ ، وَإِنْ كَانَ النَّقْصُ
بِالِاسْتِعْمَالِ ؛ كَتُوبٍ لَيْسَ فَا بَلَاهُ ، فَكَذَلِكَ يَضْمَنُهُمَا مَعًا ، فِي أَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ . وَالثَّانِي ، يَجِبُ أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْأَجْرِ أَوْ أَرَشِ النَّقْصِ ؛
لَأَنَّ مَا نَقَصَ مِنَ الْأَجْزَاءِ فِي مُقَابَلَةِ الْأَجْرِ ، وَلِذَلِكَ ^(١) لَا يَضْمَنُ
الْمُسْتَأْجِرُ تِلْكَ الْأَجْزَاءَ . وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُ ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا يَنْفَرِدُ بِالِإِجَابِ عَنْ صَاحِبِهِ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا وَجَبَا ، كَمَا لَوْ أَقَامَ فِي يَدِهِ
مُدَّةٌ ثُمَّ تَلَفَ ، وَالْأَجْرَةُ تَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ مَا يَفُوتُ مِنَ الْمَنَافِعِ ، لَا فِي مُقَابَلَةِ
الْأَجْزَاءِ ، ^(٢) وَلِذَلِكَ يَجِبُ الْأَجْرُ وَإِنْ لَمْ تَفُتِ الْأَجْزَاءُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ
لِلْمَعْصُوبِ أَجْرَةٌ ، كَتُوبٍ غَيْرِ مَخِيطٍ ، فَلَيْسَ عَلَى الْغَاصِبِ إِلَّا ضَمَانُ
نَقْصِهِ .

فصل : فَإِنْ نَقَصَ الْمَعْصُوبُ عِنْدَ الْغَاصِبِ ثُمَّ بَاعَهُ ، فَتَلَفَ عِنْدَ
الْمُشْتَرِي ، فَلَهُ تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، إِذَا لَمْ يَكُنِ النَّقْصُ لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ ،
وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبُ ، ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ مِنْ حِينِ
الْعَصَبِ إِلَى حِينِ التَّلَفِ ؛ لِأَنَّهُ فِي ضَمَانِهِ مِنْ حِينِ غَضَبِهِ إِلَى يَوْمِ تَلَفِهِ ،
وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُشْتَرِي ، ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ مِنْ حِينِ قَبْضِهِ إِلَى يَوْمِ
تَلَفِهِ ؛ لِأَنَّ مَا قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ أَجْرَةٌ ، فَلَهُ
الرُّجُوعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِجَمِيعِهَا ، وَعَلَى الْمُشْتَرِي بِأَجْرِ مُقَامِهِ فِي يَدَيْهِ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَكَذَلِكَ » .

(٢-٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَأِنْ غَضِبَ عَبْدًا ، [١٤١هـ] فَأَبَقَ ، أَوْ فَرَسًا فَشَرَدَ ، أَوْ شَيْئًا تَعَذَّرَ رَدُّهُ مَعَ بَقَائِهِ ، ضَمِنَ قِيَمَتَهُ ، فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ بَعْدُ ، رَدَّهُ وَأَخَذَ الْقِيَمَةَ .

الشرح الكبير

وبالباقي على الغاصب . الكلام في [٢٨٩/٤] رُجوع كل واحدٍ منهما على صاحبه قد ذكرناه فيما مضى .

٢٣٥٦ - مسألة : (وإن غَضِبَ عَبْدًا فَأَبَقَ ، أَوْ فَرَسًا فَشَرَدَ ، أَوْ شَيْئًا تَعَذَّرَ رَدُّهُ مَعَ بَقَائِهِ ، ضَمِنَ قِيَمَتَهُ ، فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ بَعْدُ ، رَدَّهُ وَأَخَذَ الْقِيَمَةَ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ مَنْ غَضِبَ شَيْئًا فَعَجَزَ عَنْ رَدِّهِ مَعَ بَقَائِهِ ، كَعَبْدٍ أَبَقَ ، فَلِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ الْمُطَالَبَةُ بِبَدْلِهِ ، فَإِذَا أَخَذَهُ مَلَكُهُ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الْغَاصِبُ الْعَيْنَ الْمَغْضُوبَةَ ، بَلْ مَتَى قَدَرَ عَلَيْهِ لَزِمَهُ رَدُّهُ ، وَيَسْتَرِدُّ بِدَلَّهَا الَّذِي أَدَّاهُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : يَتَخَيَّرُ الْمَالِكُ

قوله : وإن غَضِبَ عَبْدًا فَأَبَقَ ، أَوْ فَرَسًا فَشَرَدَ ، أَوْ شَيْئًا تَعَذَّرَ رَدُّهُ مَعَ بَقَائِهِ ، ضَمِنَ قِيَمَتَهُ ، فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ بَعْدُ ، رَدَّهُ ، وَأَخَذَ الْقِيَمَةَ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَالُوا : يَرُدُّ الْقِيَمَةَ لِلْغَاصِبِ بَعَيْنِهَا ، إِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً ، وَيَرُدُّ زَوَائِدَهَا الْمُتَّصِلَةَ ؛ مِنْ سِمَنِ ، وَنَحْوِهِ ، وَلَا يَرُدُّ الْمُنْفَصِلَةَ . بَلَا نِزَاعٍ . وَإِنْ كَانَتْ تَالِفَةً ، فَمِثْلُهَا ، إِنْ كَانَتْ مِثْلِيَّةً ، أَوْ قِيَمَتُهَا ، إِنْ كَانَتْ مُتَقَوِّمَةً . وَهَلْ لِلْغَاصِبِ حَبْسُ الْعَيْنِ لِاسْتِرْدَادِ الْقِيَمَةِ ؟ قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . قَالَ : وَكَذَلِكَ إِذَا اشْتَرَى شِرَاءً فَاسِدًا ، هَلْ يَحْبِسُ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ عَلَى رَدِّ الثَّمَنِ ؟ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَحْبِسُ ، بَلْ يَدْفَعَانِ إِلَى عَدْلٍ ، لِيُسْلِمَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مَالَهُ . انْتَهَى . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ » .

بين الصبر إلى إمكان ردها فيستردها ، وبين تضمينه إياها ، فيزول ملكه عنها وتصير ملكا للغاصب لا يلزمه ردها ، إلا أن يكون دفع دون قيمتها ، فهو له مع يمينه ؛ لأن المالك ملك البدل ، فلا يبقى ملكه على المبدل ، كالبيع ، ولأنه تضمين فيما ينقل الملك فيه ، فنقله ، كما لو خلط زيت بهزته . ولنا ، أن المغضوب لا يصح تملكه بالبيع ههنا ، فلا يصح بالتضمين ، كالتألف ، ولأنه ضمن ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده ، فلا يملكه بذلك ، كما لو كان المغضوب مدبرا ، وليس هذا جمعا بين البدل والمبدل ؛ لأنه ملك القيمة لأجل الحيلولة ، لا على سبيل العوض ، ولهذا إذا رد المغضوب إليه ، رد القيمة عليه ، ولا يشبه الزيت ؛ لأنه يجوز بيعه ، ولأن حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده . إذا ثبت ذلك ، فإنه إذا

فائدة : إذا أخذ المالك القيمة من الغاصب ، ملكها . على الصحيح من المذهب . قاله المصنف وغيره . وقدمه في « الفروع » وغيره . قال الحارثي : قاله أصحابنا . وقال في « غيون المسائل » وغيرها : لا يملكها ، وإنما حصل بها الانتفاع في مقابلة ما فوته الغاصب ، فما اجتمع البدل والمبدل منه . نقله عنه في « الفروع » . وقال الزركشي : وقال القاضي في « التعليق » : لا يملكها ، وإنما يُباح له الانتفاع بها بإزاء ما فاته من منافع العين المغضوبة . قال القاضي يعقوب في « تعليقه » : لا يملكها ، وإنما جعل الانتفاع بها عوضا^(١) عما فوته الغاصب . قال الحارثي : يجب اعتبار القيمة بيوم التعذر . قال في « التلخيص » : ولا يجبر

(١) في ط : « عوضا عليه » .

وإن غَصَبَ عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ ، فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ . فَإِنْ انْقَلَبَ خَلًا ، رَدَّهُ ،
وَمَا نَقَصَ مِنْ قِيمَةِ الْعَصِيرِ .

الشرح الكبير

قَدَر على المَعْصُوبِ رَدَّهُ ونَمَاءَهُ الْمُنفَصِلَ والمُتَّصِلَ ، وأَجَرَ مِثْلَهُ إلى حينِ
دَفْعِ بَدَلِهِ . وَيَجِبُ على المَالِكِ رَدُّ ما أَخَذَهُ بَدَلًا عنه إلى الغاصِبِ ؛ لَأَنَّهُ
أَخَذَهُ بِالْحَيُولَةِ ، وقد زَالَتْ ، فَيَجِبُ رَدُّ ما أَخَذَ مِنْ أَجْلِهَا إن كان باقِيًا
بَعِيْنِهِ ، وَرَدُّ زِيَادَتِهِ الْمُتَّصِلَةِ ؛ لَأَنَّهَا تَتَّبِعُ في الْفُسُوخِ ، « وهذا فَسُخٌ ،
ولا يُلْزَمُ »^(١) رَدُّ زِيَادَتِهِ الْمُنفَصِلَةِ ؛ لَأَنَّهَا وُجِدَتْ في مِلْكِهِ ، ولا تَتَّبِعُ في
الْفُسُوخِ^(٢) ، فَاشْبَهَتْ زِيَادَةَ الْمَبِيعِ الْمَرْدُودِ بَعِيْبٍ . وإن كان البَدَلُ
تَالِفًا ، فعليه مِثْلُهُ ، أو قِيمَتُهُ إن لم يَكُنْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ .

٢٣٥٧ - مسألة : (وإن غَصَبَ عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ ، فعليه) مِثْلُهُ ؛ لَأَنَّهُ
تَلَفَ في يَدِهِ . فَإِنْ صار خَلًا وَجَبَ رَدُّهُ (وما نَقَصَ مِنْ قِيمَةِ الْعَصِيرِ)

المَالِكُ على أَخْذِهَا ، ولا يَصِحُّ الْإِبْرَاءُ مِنْهَا ، ولا يَتَعَلَّقُ الْحَقُّ بِالْبَدَلِ ، فلا يَنْتَقِلُ إلى
الذَّمَّةِ ، وإنَّما ثَبَتَ جَوَازُ الْأَخْذِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ ، فتَوَقَّفَ على خِيَرَتِهِ .

فائدة : لا يَمْلِكُ الغاصِبُ الْعَيْنَ الْمَعْصُوبَةَ بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ ؛ فلا يَمْلِكُ أَكْسَابَهُ ،
ولا يَعْتَقُ عليه لو كان قَرِيْبَهُ ، وَيَسْتَحِقُّهُ المَالِكُ بِنَمَائِهِ الْمُتَّصِلِ وَالْمُنْفَصِلِ .
وكذلك أَجْرَةُ مِثْلِهِ إلى حينِ دَفْعِ البَدَلِ ، على ما يَأْتِي .

قوله : وإن غَصَبَ عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ ، فعليه قِيمَتُهُ . رأيتُ في نُسخَةٍ مَقْرُوءَةٍ على
المُصَنِّفِ ، وعليها خَطُّهُ : فعليه قِيمَتُهُ . وهو أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . جَزَمَ به في

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده في م : « منه » .

الشرح الكبير [٢٩٠/٤] وَيَسْتَرْجِعُ مَا أَذَاهُ مِنْ بَدَلِهِ . وقال بعضُ أصحابِ الشافعيّ :
يَرُدُّ الْخَلَّ ، ولا يَسْتَرْجِعُ الْبَدَلَ ؛ لأنَّ الْعَصِيرَ تَلَفَ بِتَخْمُرِهِ ، فَوَجَبَ
ضَمَانُهُ ، فإنَّ عَادَ خَلًّا ، كان كما لو هَزَلَتْ الْجَارِيَةُ السَّمِينَةَ ، ثمَّ عَادَ سِمْنُهَا ،
فإنَّهُ يَرُدُّهَا وَأَرْضَ نَقْصِهَا . ولنا ، أنَّ الْخَلَّ عَيْنُ الْعَصِيرِ ، تَغَيَّرَتْ صِفَتُهُ ،
وقد رَدَّه ، فكان له اسْتِرْجَاعُ ما أَذَاهُ بَدَلًا عَنْهُ ، كما لو غَصَبَهُ فَعَصَبَهُ مِنْهُ
غاصِبٌ ثمَّ رَدَّه عليه ، وكما لو غَصَبَ حَمَلًا فَصَارَ كَبْشًا . وأما السَّمْنُ الأوَّلُ
فلنا فيه مَنْعٌ ، وإنَّ سَلَّمْنَاهُ ، فالثاني غيرُ الأوَّلِ ، بخلافِ مسألتنا .

فصل : إذا غَصَبَ أَثْمَانًا ، فطالَبَه مالِكُها بها في بَلَدٍ آخَرَ ، وَجَبَ رَدُّها
إليه ؛ لأنَّ الأَثْمَانَ قِيَمُ الْأَمْوَالِ ، فلا يَضُرُّ اخْتِلَافُ قِيَمَتِهَا . وإنَّ كان
الْمَعْصُوبُ مِنَ الْمُتَقَوِّمَاتِ ، لَزِمَ دَفْعُ قِيَمَتِهِ في بَلَدِ الْعَصَبِ . وإنَّ كان من

الإنصاف « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . قال
الحارثيُّ : وليس بِالْجَيِّدِ . قلتُ : وهو بَعِيدٌ جَدًّا ؛ لأنَّ له مِثْلًا . وَالْوَجْهَ الثَّانِي ،
يَلْزَمُهُ مِثْلُهُ . ورَأَيْتُ في نُسْخٍ : فعليه مِثْلُهُ . وعليها شَرَحُ الشَّارِحِ ، والحارثيُّ ،
وابنُ مُنَجِّجٍ ، وهو المذهبُ . جَزَمَ به في « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرَحِ
ابنِ مُنَجِّجٍ » ، و « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « تَذَكُّرِ ابْنِ
عَبْدُوسَ » ، و « التَّلْخِصِ » ، وغيرِهِمْ . وقَدَّمَهُ في « شَرَحِ الْحَارِثِيِّ » ،
و « الْفَائِقِ » . وأُطْلِقَهُمَا في « الْفُرُوعِ » .

قوله : وإنَّ انْقَلَبَ خَلًّا ، رَدَّه ، وما نَقَصَ مِنْ قِيَمَةِ الْعَصِيرِ . هذا المذهبُ ،
وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجَزَمَ به في « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ،

فَصْلٌ : وَإِنْ كَانَتْ لِلْمَعْصُوبِ أُجْرَةٌ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ أُجْرَةٌ مِثْلُهُ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي يَدِهِ . وَعَنْهُ ، التَّوَقُّفُ عَنْ ذَلِكَ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ :

الشرح الكبير

الْمِثْلِيَّاتِ وَقِيمَتُهُ فِي الْبَلَدَيْنِ وَاحِدَةٌ ، أَوْ هِيَ أَقَلُّ فِي الْبَلَدِ الَّذِي لَقِيَهُ فِيهِ ، فَلَهُ مُطَابَلَتُهُ بِمِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى الْغَاصِبِ فِيهِ . وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ ، فَلَيْسَ لَهُ الْمِثْلُ ؛ لِأَنَّا لَا نُكَلِّفُهُ النَّقْلَ إِلَى غَيْرِ الْبَلَدِ الَّذِي غَصَبَ فِيهِ ، وَلَهُ الْمُطَابَلَةُ بِقِيمَتِهِ فِي بَلَدِ الْعَصَبِ . وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ ، مَتَى قَدَرَ عَلَى الْمَعْصُوبِ أَوْ الْمِثْلِ فِي بَلَدِ الْعَصَبِ ، رَدَّهُ وَأَخَذَ الْقِيَمَةَ ، كَمَا لَوْ غَصَبَ عَبْدًا فَأَبْقَى .

فصل : قال ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (فَإِنْ كَانَتْ لِلْمَعْصُوبِ أُجْرَةٌ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ أُجْرَةٌ مِثْلُهُ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي يَدِهِ) سَوَاءً اسْتَوْفَى الْمَنَافِعَ أَوْ تَرَكَهَا تَذَهَبُ . هَذَا الْمَعْرُوفُ فِي الْمَذْهَبِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمِ .

الإنصاف

و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » . وَقَالَ فِي « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » : لَا يَلْزَمُهُ قِيَمَةُ الْعَصِيرِ ؛ لِأَنَّ الْخَلَ عَيْنُهُ ، كَحَمَلٍ صَارَ كَبْشًا . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : وَلِلشَّافِعِيِّ وَجْهٌ ، يَمْلِكُهُ الْغَاصِبُ . وَهُوَ الْأَقْوَى . وَنَصَرَهُ بِأَدْلَةٍ كَثِيرَةٍ .

فائدة : لو غُلِّيَ الْعَصِيرُ ، فَنَقَصَ ، غَرِمَ أَرْضَ نَقْصِهِ ، وَكَذَا يَغْرُمُ نَقْصَهُ . عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَقَالَ الْأَصْحَابُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَاءٌ .

قوله : وَإِنْ كَانَ لِلْمَعْصُوبِ أُجْرَةٌ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ أُجْرَةٌ مِثْلُهُ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي يَدِهِ .

المقنع
هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ ، ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ .

الشرح الكبير
وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لَا يَضْمَنُ الْمَنَافِعَ . وهو الذي نَصَرَهُ
أَصْحَابُ مَالِكٍ . وقد رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْحَكَمِ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ غَضِبَ
دَارًا فَسَكَنَهَا عِشْرِينَ سَنَةً : لَا أُجْتَرَى أَنْ أَقُولَ : عَلَيْهِ أَجْرٌ^(١) مَا سَكَنَ .
وهذا يَدُلُّ عَلَى تَوَقُّفِهِ عَنْ إِجْبَابِ الْأَجْرِ ، إِلَّا أَنْ أَبَا بَكْرٍ قَالَ : (هَذَا قَوْلٌ
قَدِيمٌ) لِأَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ الْحَكَمِ مَاتَ قَبْلَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ بِعِشْرِينَ سَنَةً .
[٢٩٠/٤ ط] وَاحْتَجَّ مَنْ لَمْ يُوجِبِ الْأَجَرَ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْخَرَجُ
بِالضَّمَانِ »^(٢) . وَضَمَانُهَا عَلَى الْغَاصِبِ . وَلِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَفَعَتَهُ بِغَيْرِ عَقْدٍ
وَلَا شُبْهَةِ مِلْكٍ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ زَنَى بِأَمْرَأَةٍ مُطَاوِعَةٍ . وَلَنَا ، أَنْ كُلَّ مَا ضَمِنَهُ

الإِنصاف
يَعْنِي ، إِذَا كَانَتْ تَصِحُّ إِجَارَتُهُ^(٣) . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ،
وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي قَضَايَا كَثِيرَةٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي
« الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ،
وغيرهم . وَعنه التَّوَقُّفُ عَنْ ذَلِكَ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ
الرَّأْيَ لَهَا عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ ، وَقَدْ مَاتَ قَبْلَ الْإِمَامِ أَحْمَدَ بِعِشْرِينَ سَنَةً . قُلْتُ :
مَوْتُهُ قَبْلَ الْإِمَامِ أَحْمَدَ لَا يَدُلُّ عَلَى رُجُوعِهِ ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ دَلِيلٍ يَدُلُّ عَلَى رُجُوعِهِ غَيْرَ
ذَلِكَ . ثُمَّ [١٩٨/٢ وَ] وَجَدْتُ الْحَارِثِيَّ قَالَ قَرِيبًا مِنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ : الْاسْتِذْلَالُ عَلَى
الرُّجُوعِ بِتَقْدُّمِ وَفَاةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ لَا يَصِحُّ ، فَإِنَّ مَنْ تَأَخَّرَتْ وَفَاتُهُ مِنَ الْجَائِزِ
أَنْ يَكُونَ مِنْهُمْ مَنْ سَمِعَ قَبْلَ سَمَاعِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ ، لَا سِيَّما أَبُو طَالِبٍ ، فَإِنَّهُ

(١) فِي تَش ، م : « سَكَنِي » .

(٢) تَقْدِمَ تَحْرِيمِهِ فِي ٢٨٤/١٠ .

(٣) فِي ط : « أَجْرَتُهُ » .

بالإتلاف في العقد الفاسد ، جاز أن يضمَّنه بمجرَّد الإتلاف ، كالأعيان ،
ولأنَّه أتلَفَ مُتَقَوِّمًا ، فَوَجَبَ ضَمَانُهُ ، كالأعيان . أو نقول : مالٌ مُتَقَوِّمٌ
مَعْصُوبٌ ، فَوَجَبَ ضَمَانُهُ ، كالعين . وأما الخبرُ فواردٌ في البيع ، ولا
يَدْخُلُ فيه الغاصِبُ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ له الانتِفَاعُ بالمَعْصُوبِ بالإجماع .
ولا يُشَبِّهُ الزَّنى ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بِإِتْلَافِ مَنَافِعِهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ ولا عَقْدٍ يَفْتَضِي
العَوَضَ ، فكان بمنزلة مَنْ أَعَارَهُ دارَهُ . ولو أَكْرَهَها عليه ، لَزِمَهُ مَهْرُها ،
والخِلافُ فيما له مَنَافِعُ تُسْتَبَاحُ بِعَقْدِ الإِجَارَةِ ؛ كالعَقَارِ ، والثَّيَابِ ،
والدَّوَابِّ ، ونَحْوِها . فأما العَنَمُ والشَّجَرُ والطَّيْرُ ونَحْوِها ، فلا شَيْءَ فيها ؛
لأنَّه لا مَنَافِعَ لها يُسْتَحَقُّ بها عَوَضٌ . ولو غَصَبَ جاريةً ولم يَطْأُها ، ومَضَى
عليها زَمَنٌ يُمْكِنُ الوَطْءُ فيه ، لم يَضْمَنْ مَهْرَها ؛ لأنَّ مَنَافِعَ البُضْعِ لا تَتَلَفُ
إِلَّا بِالاسْتِيفَاءِ ، بِخِلَافِ غَيْرِها ، ولأنَّها لا تُقَدَّرُ بِزَمَنٍ فَيُتْلَفُها مُضَيٌّ
الزَّمَنُ ، بِخِلَافِ الْمَنْفَعَةِ . ولو أَطْرَقَ الفَحْلُ لم يَضْمَنْ مَنَفَعَتَهُ ؛ لأنَّه لا
عَوَضَ له ، لكنَّ عليه ضَمَانُ نَقْصِهِ .

قديمُ الصُّحْبَةِ لأحمد . قال : وأَحْسَنُ منه التَّائِسُ بما رَوَى أَنَّ ابنَ مَنْصُورٍ بَلَغَهُ أَنَّ
أحمدَ رَجَعَ عن بعضِ الْمَسَائِلِ الَّتِي عَلَّقَها ، فَجَمَعَهَا في جِرَابٍ وَحَمَلَهَا على
ظَهْرِهِ ، وَخَرَجَ إلى بَغْدَادَ ، وَعَرَضَ خُطُوطَ أحمدَ عليه في كُلِّ مَسْأَلَةٍ ، فَأَقْرَأَها
ثَانِيًا . فَالظَّاهِرُ أَنَّ ذَلِكَ كانَ بَعْدَ مَوْتِ ابنِ الْحَكَمِ ، وَقَبْلَ وَفاةِ أحمدَ بِيَسِيرٍ ، وابنُ
مَنْصُورٍ مِمَّنْ رَوَى الضَّمَانَ ، فَيَكُونُ مُتَأَخِّرًا عن رِوَايَةِ ابنِ الْحَكَمِ . انتهى .
وتَقَدَّمَ نَظِيرُ ذَلِكَ في البابِ عِنْدَ قَوْلِهِ : وَإِنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَقَصَرَهُ ، أو غَزَلَ فَتَسَجَّهُ .
قال في « الفُرُوعِ » هنا : ونَقَلَ ابنُ الْحَكَمِ ، لا أَجْرَةَ مُطْلَقًا ، يَغْنَى ، سواءً انْتَفَعَ

المقنع
وَإِنْ تَلَفَ الْمَغْضُوبُ ، فَعَلَيْهِ أَجْرَتُهُ إِلَى وَقْتِ تَلْفِهِ . وَإِنْ غَضِبَ شَيْئًا فَعَجَزَ عَنْ رَدِّهِ ، فَأَدَّى قِيمَتَهُ ، فَعَلَيْهِ أَجْرَتُهُ إِلَى وَقْتِ آدَاءِ الْقِيَمَةِ ، وَفِيمَا بَعْدَهُ وَجْهَانِ .

٢٣٥٨ - مسألة : (وَإِنْ تَلَفَ الْمَغْضُوبُ ، فَعَلَيْهِ أَجْرَتُهُ إِلَى وَقْتِ تَلْفِهِ) لَأَنَّهُ بَعْدَ التَّلَفِ لَمْ تَبْقَ لَهُ مَنَفَعَةٌ ، فَلَمْ يَجِبْ ضَمَانُهَا ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَهُ مِنْ غَيْرِ غَضَبٍ .

الشرح الكبير

٢٣٥٩ - مسألة : (وَإِنْ غَضِبَ شَيْئًا ، فَعَجَزَ عَنْ رَدِّهِ ، فَأَدَّى قِيمَتَهُ ، فَعَلَيْهِ أَجْرَتُهُ إِلَى وَقْتِ آدَاءِ الْقِيَمَةِ) لِأَنَّ مَنَافِعَهُ إِلَى وَقْتِ آدَاءِ الْقِيَمَةِ

الإصناف
به أو لا . وظاهر « المُبْهَجِ » التَّفْرِقَةُ . يَعْْنَى ، إِنْ انْتَفَعَ بِهِ ، فَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ ، وَإِلَّا فَلَا . وَاخْتَارَهُ بَعْضُ الْأَصْحَابِ . وَجَعَلَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ظَاهِرًا مَا نُقِلَ عَنْهُ . وَقَدْ نَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، إِنْ زَرَعَ بِلَا إِذْنٍ ، فَعَلَيْهِ أَجْرَةُ الْأَرْضِ بِقَدْرِ مَا اسْتَعْمَلَهَا إِلَى رَدِّهِ ، أَوْ إِتْلَافِهِ ، أَوْ رَدِّ قِيَمَتِهِ .

فائدتان ؛ إحداهما ، لو كَانَ الْعَبْدُ ذَا صَنَائِعَ ، لَزِمَهُ أَجْرَةُ أَغْلَاهَا فَقَطْ . الثَّانِيَةُ ، مَنَافِعُ الْمَقْبُوضِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ ، كَمَنَافِعِ الْمَغْضُوبِ ؛ تُضْمَنُ بِالْفَوَاتِ وَالتَّقْوِيَةِ . تَنْبِيْهِ : قَالَ الْحَارِثِيُّ : « أَبُو بَكْرٍ » الْمُبْهَمُ فِي الْكِتَابِ هُوَ الْخَلَّالُ . وَإِطْلَاقُ « أَبِي بَكْرٍ » فِي عُرْفِ الْأَصْحَابِ إِنَّمَا هُوَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ ، لَا الْخَلَّالُ ، وَإِنْ كَانَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ كَلَامِ أَبِي بَكْرٍ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، كَمَا قَالَ ، فَإِنَّهُ أَدْخَلَ فِي « جَامِعِ الْخَلَّالِ » شَيْئًا مِنْ كَلَامِهِ ، فَرُبَّمَا اشْتَبَهَ بِكَلَامِ الْخَلَّالِ ، لِأَنَّ الْقَاضِيَ ، وَابْنَ عَقِيلٍ ، وَغَيْرَهُمَا مِنْ أَهْلِ الْمَذْهَبِ ، إِنَّمَا حَكَوْهُ عَنِ الْخَلَّالِ . انْتَهَى .
قوله : وَإِنْ غَضِبَ شَيْئًا ، فَعَجَزَ عَنْ رَدِّهِ فَأَدَّى قِيمَتَهُ ، فَعَلَيْهِ أَجْرَتُهُ إِلَى وَقْتِ آدَاءِ

فَصْلٌ : وَتَصَرُّفَاتُ الْغَاصِبِ الْحُكْمِيَّةُ ؛ كَالْحَجِّ ، وَسَائِرِ الْمُنْعِ

الشرح الكبير

مَمْلُوكَةٌ لِمُصَاحِبِهِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا . وَهَلْ يَلْزَمُهُ أَجْرُهُ مِنْ حِينَ دَفَعَ بِدَلِّهِ إِلَى رَدِّهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَصَحُّهُمَا ، لَا يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ الْإِنْتِفَاعَ بِدَلِّهِ الَّذِي أُقِيمَ مَقَامُهُ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ وَبِمَا قَامَ مَقَامُهُ . وَالثَّانِي ، لَهُ الْأَجْرُ ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ بَاقِيَةً عَلَى مِلْكِهِ ، وَالْمَنْفَعَةَ لَهُ .

[٢٩١/٤] فصل : « قَالَ الشَّيْخُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ » : (وَتَصَرُّفَاتُ

الْغَاصِبِ الْحُكْمِيَّةُ ؛ كَالْحَجِّ ، وَسَائِرِ الْعِبَادَاتِ ، وَالْعُقُودُ ؛ كَالْبَيْعِ

الإنصاف

الْقِيَمَةِ ، وَفِيمَا بَعْدَهُ وَجْهَانِ . إِنْ كَانَ قَبْلَ أَدَاءِ الْقِيَمَةِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا ، خِلَافًا وَمَذْهَبًا . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ أَدَائِهَا ، فَأُطْلِقَ فِي وُجُوبِهَا الْوَجْهَيْنِ ، وَأُطْلِقَتْهُمَا فِي « التَّلْخِيصِ » ، وَقَالَ : ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَلْزَمُهُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . صَحَّحَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « التَّصْحِيحِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ بَاقِيَةً عَلَى مِلْكِ الْمُغْصُوبِ مِنْهُ وَالْمَنْفَعَةَ . فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، تَلْزَمُهُ الْأَجْرَةُ إِلَى رَدِّهِ مَعَ بَقَائِهِ .

فَائِدَةٌ : قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَظَاهَرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ ، أَنَّهُ يَضْمَنُ رَائِحَةَ الْمِسْكِ وَنَحْوَهُ ، خِلَافًا « لِلْإِنْتِصَارِ » ، لَا نَقْدًا لِتِجَارَةٍ . قُلْتُ : الَّذِي يَنْبَغِي أَنْ يُقْطَعَ بِالضَّمَانِ فِي ذَهَابِ رَائِحَةِ الْمِسْكِ ، وَنَحْوِهِ .

قَوْلُهُ : وَتَصَرُّفَاتُ الْغَاصِبِ الْحُكْمِيَّةِ ؛ كَالْحَجِّ وَسَائِرِ الْعِبَادَاتِ ، وَالْعُقُودُ ؛ كَالْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ ، وَنَحْوِهَا بِاطِلَّةٍ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَهِيَ الْمَذْهَبُ . قَالَ

المقنع العبادات ، والعقود ؛ كالبَيْع ، والنِّكَاح ، ونحوها ، باطلة في إحدَى الروايتين ، والأخرى صحيحة .

الشرح الكبير والنِّكَاح ، ونحوها ، باطلة في إحدَى الروايتين ، والأخرى صحيحة (تَصَرُّفَاتُ الغَاصِبِ كَتَصَرُّفَاتِ الْفُضُولِيِّ ، وفيه رَوَايَتَانِ ؛ أَظْهَرُهُمَا بُطْلَانُهَا . والثانية ، صِحَّتُهَا وَوُقُوفُهَا^(١) على إِجَارَةِ المَالِكِ . وقد ذَكَرَ شَيْخُنَا فِي الكِتَابِ الْمَشْرُوحِ رِوَايَةً أَنَّهَا تَقَعُ صَحِيحَةً ، وَذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْعِبَادَاتُ ؛ كَالطَّهَارَةِ ، وَالصَّلَاةِ ، وَالزَّكَاةِ ، وَالْحَجِّ ، وَالْعُقُودِ ؛ كَالْبَيْعِ ، وَالْإِجَارَةِ ، وَالنِّكَاحِ . وَهَذَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَّقِدَ فِي الْعُقُودِ بِمَا لَمْ يُبْطِلْهُ المَالِكُ ، فَأَمَّا مَا اخْتَارَ المَالِكُ إِبْطَالَهُ وَأَخَذَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، فَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَأَمَّا مَا لَمْ يُذَرِّكْهُ المَالِكُ ، فَوَجْهُ التَّصْحِيحِ فِيهِ أَنَّ الْغَاصِبَ تَطَوَّلَ مُدَّتُهُ وَتَكَثَّرَتْ تَصَرُّفَاتُهُ ، فَفِي الْقَضَاءِ بِبُطْلَانِهَا ضَرَرٌ كَثِيرٌ ، وَرُبَّمَا عَادَ الضَّرَرُ عَلَى المَالِكِ ، فَإِنَّ الْحُكْمَ بِصِحَّتِهَا يَقْتَضِي كَوْنَ الرِّبْحِ لِلْمَالِكِ ، وَالْعَوَضِ بِنَمَائِهِ وَزِيَادَتِهِ لَهُ ، وَالْحُكْمَ بِبُطْلَانِهَا يَمْنَعُ ذَلِكَ .

الإِنصاف الشَّارِحُ : هَذَا أَظْهَرُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي « التَّلْخِيصِ » ، فِي بَابِ الْبَيْعِ : وَإِنْ كَثُرَتْ تَصَرُّفَاتُهُ فِي أَعْيَانِ الْمَعْصُوبَاتِ ، يُحْكَمُ بِبُطْلَانِ الْكُلِّ ، عَلَى الْأَصَحِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : اخْتَارَهُ الْأَكْثَرُ . ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ ، فِي الشَّرْطِ السَّابِعِ . وَالْأُخْرَى ، صَحِيحَةٌ . وَعَنْهُ ، تَصِحُّ

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَقَعَهَا » .

مَوْقُوفَةً عَلَى الْإِجَازَةِ . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْفَائِقِ » ، وَقَالَ : وَقِيلَ : الصَّحَّةُ مُقَيَّدَةٌ بِمَا لَمْ يُيْطَلِ الْمَالِكُ مِنَ الْعُقُودِ . انْتَهَى . قُلْتُ : قَالَ الشَّارِحُ : وَقَدْ ذَكَرَ شَيْخُنَا فِي الْكِتَابِ الْمَشْرُوحِ رِوَايَةً ، أَنَّهَا صَحِيحَةٌ . وَذَكَرَهَا أَبُو الْخَطَّابِ ، قَالَ : وَهَذَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَّقِيَدَ فِي الْعُقُودِ بِمَا إِذَا لَمْ يُيْطَلِ الْمَالِكُ . فَأَمَّا إِنْ اخْتَارَ الْمَالِكُ إِبْطَالَهُ ، فَأَخَذَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، فَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَأَمَّا مَا لَمْ يُذَرِكْهُ الْمَالِكُ ، فَوَجْهُ التَّصْحِيحِ فِيهِ ، أَنَّ الْغَاصِبَ تَطُولُ مُدَّتُهُ وَتَكْثُرُ تَصَرُّفَاتُهُ ، فَفِي الْقَضَاءِ يُبْطَلُ بِهَا ضَرَرٌ كَثِيرٌ ، وَرُبَّمَا عَادَ الضَّرَرُ عَلَى الْمَالِكِ . انْتَهَى . وَقَالَ مَا قَالَهُ الشَّارِحُ ، وَالْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ . نَقَلَهُ عَنْهُمَا فِي « الْفَائِدَةِ الْعِشْرِينَ » ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَأُطْلِقَ الرِّوَايَةَ مَرَّةً كَمَا هُنَا ، وَمَرَّةً قَالَ : يَنْبَغِي أَنْ يُقَيَّدَ ، كَمَا قَالَ الشَّارِحُ . وَقَالَ : وَهُوَ أَشْبَهُ مِنَ الْإِطْلَاقِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ لَمْ أَرِ مَنْ تَقَدَّمَ الْمُصَنِّفُ وَأَبَا الْخَطَّابِ فِي إِيرَادِهَا . وَقَالَ أَيْضًا : وَأَمَّا الصَّحَّةُ عَلَى الْإِطْلَاقِ ، فَلَا أَعْلَمُ بِهِ أَيْضًا ، سِوَى نَصِّهِ عَلَى مِلْكِ الْمَالِكِ ، كَرِنَجِ الْمَالِ الْمَغْضُوبِ ، كَمَا سَنُورِدُهُ فِي مَسْأَلَةِ الرِّبْحِ . وَقَالَ عَنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ فِي تَقْيِيدِ الرِّوَايَةِ : أَمَّا طُولُ مُدَّةِ الْغَضَبِ ، وَكَثْرَةُ تَصَرُّفَاتِ الْغَاصِبِ ، فَلَا يَطْرُدُ ، بَلْ كَثِيرٌ مِنَ الْمَغْضُوبِ لَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِعَقْدٍ أَصْلًا ، وَبِتَقْدِيرِ الْأَطْرَادِ غَالِبًا .

تَنْبِيْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا [١٩٨/٢ ظ] ، بَنَى الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَجَمَاعَةٌ ، تَصَرَّفَ الْغَاصِبِ ، عَلَى تَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ ، فَاتَّبَعَ فِيهِ مَا فِي تَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ ، مِنْ رِوَايَةِ الْأَنْعِقَادِ مَوْقُوفًا عَلَى إِجَازَةِ الْمَالِكِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَمِنْ مُتَأَخَّرِي الْأَصْحَابِ مَنْ جَعَلَ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ مِنْ نَفْسِ تَصَرُّفَاتِ الْفُضُولِيِّ . قَالَ : وَلَيْسَ بِشَيْءٍ . ثُمَّ قَالَ : وَلَا يَصِحُّ إِحْقَاقُهُ بِالْفُضُولِيِّ . وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِفُرُوقٍ جَيِّدَةٍ . الثَّانِي ، هَذَا الْخِلَافُ الْمَحْكِيُّ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ مِنْ حَيْثُ الْجُمْلَةُ ، وَقَدْ قَسَمَهَا الْمُصَنِّفُ

قَسَمَيْنِ ؛ عِبَادَاتٍ ، وَعُقُودَ . فَالْعِبَادَاتُ فِيهَا مَسَائِلُ ؛ مِنْهَا ، الْوُضُوءُ بِمَاءٍ مَغْضُوبٍ ، وَالْوُضُوءُ مِنْ إِنَاءٍ مَغْضُوبٍ ، وَغَسْلُ النَّجَاسَةِ بِمَاءٍ مَغْضُوبٍ ، وَسَتْرُ الْعَوْرَةِ بِثَوْبٍ مَغْضُوبٍ ، وَالصَّلَاةُ فِي مَوْضِعٍ مَغْضُوبٍ . وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ مُسْتَوْفَى فِي كِتَابِ الطَّهَارَةِ ، وَالْآيَةِ ، وَإِزَالَةِ النَّجَاسَةِ ، وَسَتْرِ الْعَوْرَةِ ، وَاجْتِنَابِ النَّجَاسَةِ . وَمِنْهَا ، الْحَجُّ بِمَاءٍ مَغْضُوبٍ ، كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ . نَصٌّ عَلَيْهِ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » : بَاطِلٌ عَلَى الْأَصَحِّ . قَالَ الشَّارِحُ : بَاطِلٌ عَلَى الْأَظْهَرِ . قَالَ ابْنُ مُنَجِّجٍ فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الصَّغْرَى » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : يَبْطُلُ فِي كُلِّ عِبَادَةٍ عَلَى الْأَصَحِّ . وَصَحَّحَهُ النَّاطِمُ وَغَيْرُهُ . وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : عَنْهُ ، يُجْزِئُهُ مَعَ الْكَرَاهَةِ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَقْوَى . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ ، فَيَجِبُ بَدَلُ الْمَالِ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ . وَمِنْهَا ، الْهَدْيُ الْمَغْضُوبُ لَا يُجْزِئُ . صَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ . وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةٍ عَلَى بْنِ سَعِيدٍ . وَعَنْهُ ، الصَّحَّةُ مَوْقُوفَةٌ عَلَى إِجَازَةِ الْمَالِكِ . وَنَصَّ الْإِمَامُ أَحْمَدُ عَلَى الْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهَا لَغَيْرِهِ ، فَلَا يُجْزِئُهُ ، وَبَيْنَ أَنْ يَظُنَّ أَنَّهَا لِنَفْسِهِ ، فَيُجْزِئُهُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ ، وَسِنْدِيٍّ . وَسَوَّى كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ بَيْنَهُمَا فِي حِكَايَةِ الْخِلَافِ . قَالَ فِي « الْفَائِدَةِ الْعِشْرِينَ » : وَلَا يَصِحُّ . وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مَغْضُوبًا ، لَمْ يُجْزِئُهُ أَيْضًا ؛ اشْتَرَاهُ بِالْعَيْنِ ، أَوْ فِي الذِّمَّةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ : لَوْ قِيلَ بِالْإِجْزَاءِ إِذَا اشْتَرَاهُ فِي الذِّمَّةِ ، لَكَانَ مُتَّجِهَاً . وَمِنْهَا ، لَوْ أَوْقَعَ الطَّوْفَ ، أَوْ السَّعْيَ ، أَوْ الْوُقُوفَ عَلَى الدَّابَّةِ

المَعْصُوبَةِ ، ففي الصَّحَّةِ رَوَيْتَا الصَّلَاةَ^(١) فِي الْبُقْعَةِ الْمَعْصُوبَةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . الْإِنْصَافُ . قُلْتُ : النَّفْسُ تَمِيلُ إِلَى صِحَّةِ الْوُقُوفِ عَلَى الدَّابَّةِ الْمَعْصُوبَةِ . وَمِنْهَا ، أَدَاءُ الْمَالِ الْمَعْصُوبِ فِي الزَّكَاةِ غَيْرُ مُجْزِئٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : ثُمَّ إِنَّ أَبَا الْخَطَّابِ صَرَّحَ بِجَرَيَانِ الْخِلَافِ فِي الزَّكَاةِ ، وَتَبِعَهُ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ ، كَمَا أَنْتَظَمَهُ عُمُومُ إيرادِ الْكِتَابِ . فَإِنْ أُريدَ بِهِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ أَدَاءِ الْمَعْصُوبِ عَنْ الْغَاصِبِ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ، فَهَذَا شَيْءٌ لَا يَقْبَلُ نِزَاعًا الْبَتَّةَ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ النَّصِّ ، فَلَا يُتَوَهَّمُ خِلَافُهُ . وَإِنْ أُريدَ بِهِ الْأَدَاءُ عَنِ الْمَالِكِ ، بِأَنْ أُخْرِجَ عَنْهُ مِنَ النَّصَابِ الْمَعْصُوبِ ، وَهُوَ بَعِيدٌ جَدًّا ، فَإِنَّ الْوَاقِعَ مِنَ التَّصَرُّفِ لِلْعِبَادَةِ إِنَّمَا يَكُونُ عَنِ الْغَاصِبِ نَفْسِهِ ، فَلَا يَقْبَلُ أَيْضًا ، خِلَافًا لِاتِّفَاقِنَا عَلَى اعْتِبَارِ بَيَّةِ الْمَالِكِ ، إِلَّا أَنْ يَمْتَنِعَ مِنَ الْأَدَاءِ ، فَيَقْهَرَهُ الْإِمَامُ عَلَى الْأَخْذِ مِنْهُ ، فَيُجْزِئُ فِي الظَّاهِرِ ، وَلَيْسَ هَذَا بِوَاحِدٍ مِنَ الْأُمُورَيْنِ ، فَلَا يُجْزِئُ بَوَاحٍ . وَمِنْهَا ، كُلُّ صَدَقَةٍ ؛ مِنْ كَفَّارَةٍ ، أَوْ نَذْرٍ ، أَوْ غَيْرِهِمَا ، كَالزَّكَاةِ سَوَاءً . وَمِنْهَا ، عِتْقُ الْمَعْصُوبِ لَا يَنْفُذُ ، بِلَا خِلَافٍ فِي الْمَذْهَبِ . وَنَصٌّ عَلَيْهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَمِنْهَا ، الْوَقْفُ لَا يَنْفُذُ فِي الْمَعْصُوبِ ، قَوْلًا وَاحِدًا . لَكِنْ لَوْ كَانَ ثَمَنُ الْمُعْتَقِ أَوْ الْمُوقُوفِ مَعْصُوبًا ؛ فَإِنْ اشْتَرَى بَعِينَ الْمَالِ ، لَمْ يَنْفُذْ ،^(٢) وَإِنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ ، ثُمَّ نَقَدَهُ ، فَإِنْ قِيلَ بَعْدَ إِفَادَةِ الْمَلِكِ ، لَمْ يَنْفُذْ^(٣) ، وَإِنْ قِيلَ بِالْإِفَادَةِ ، نَفَذَ الْعِتْقُ وَالْوَقْفُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَأَمَّا الْعُقُودُ ؛ مِنَ الْبَيْعِ ، وَالْإِجَارَةِ ، وَالنِّكَاحِ ، وَنَحْوِهَا ، فَالْعَقْدُ بَاطِلٌ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَنَصٌّ عَلَيْهِ . وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَتَقَدَّمَ حِكَايَةُ الرَّوَايَةِ بِالصَّحَّةِ ، وَالْكَلامُ عَلَيْهَا ، وَالرَّوَايَةُ بِالْوَقْفِ عَلَى الْإِجَارَةِ .

(١) فِي ط : « الصَّحَّة » .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

المقنع وَإِنْ اتَّجَرَ بِالْدَّرَاهِمِ ، فَالرَّيْبُ لِمَالِكِهَا .

الشرح الكبير

٢٣٦٠ - مسألة : (وَإِنْ اتَّجَرَ بِالْدَّرَاهِمِ ، فَالرَّيْبُ لِمَالِكِهَا) إذا غَضِبَ أَتَمَانًا فَاتَّجَرَ بِهَا ، أَوْ عَرُوضًا فَبَاعَهَا وَاتَّجَرَ بِثَمَنِهَا ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : الرَّيْبُ لِلْمَالِكِ ، وَالسَّلْعُ الْمُشْتَرَاةُ لَهُ . وَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ كَانَ الشِّرَاءُ بَعَيْنِ الْمَالِ ، فَالرَّيْبُ لِلْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكِهِ . قَالَ الشَّرِيفُ : وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِهِ ؛ لَوْ قُوعَ الْخِلَافِ فِيهِ .

الإنصاف

(١) تنبيه : قَوْلُهُ : وَتَصَرُّفَاتُ الْغَاصِبِ الْحُكْمِيَّةُ . أَيْ الَّتِي يُحْكَمُ عَلَيْهَا بِصِحَّةٍ أَوْ فُسَادٍ . اخْتِرَازًا مِنْ غَيْرِ الْحُكْمِيَّةِ ، كَاتِلَافِ الْمَغْضُوبِ ؛ كَأَكْلِهِ الطَّعَامَ ، أَوْ إِشْعَالِهِ الشَّمْعَ ، وَنَحْوَهُمَا ، وَكُلْبِسِهِ الثَّوْبَ ، وَنَحْوَهُ ، فَإِنَّ هَذَا لَا يُقَالُ فِيهِ صَحِيحٌ وَلَا فَاسِدٌ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . قَالَ ابْنُ نَضَرٍ اللَّهُ فِي « حَوَاشِي الْفُرُوعِ » (٢) : وَقَوْلُهُ : الْحُكْمِيَّةُ اخْتِرَازٌ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ الصُّورِيَّةِ . فَالْحُكْمِيَّةُ ؛ مَا لَهُ حُكْمٌ مِنْ صِحَّةٍ وَفُسَادٍ ؛ كَالْبَيْعِ ، وَالْهَبَةِ ، وَالْوَقْفِ ، وَنَحْوِهِ . وَالصُّورِيَّةُ ؛ كَطَخْنِ الْحَبِّ ، وَنَسْجِ الْغَزْلِ ، وَنَجْرِ الْخَشَبِ ، وَنَحْوِهِ . انْتَهَى . وَهُوَ كَالَّذِي قَبْلَهُ (١) .

قَوْلُهُ : وَإِنْ اتَّجَرَ بِالْدَّرَاهِمِ ، فَالرَّيْبُ لِمَالِكِهَا . يَعْنِي ، إِذَا اتَّجَرَ بَعَيْنِ الْمَالِ ، أَوْ بِثَمَنِ الْأَعْيَانِ الْمَغْضُوبَةِ ، فَالْمَالُ وَرَيْبُهُ لِمَالِكِهَا . وَهَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَنَصٌّ عَلَيْهِ ، وَنَقْلُهُ الْجَمَاعَةُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : قَالَ أَصْحَابُنَا : الرَّيْبُ لِلْمَالِكِ ، وَالسَّلْعُ الْمُشْتَرَاةُ لَهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَاحْتَجَّ أَحْمَدُ بِخَبَرِ

(١-١) سقط من : الأصل ، ط .

(٢) في ١ : « الوجيز » .

وَإِنْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ ثُمَّ نَقَدَهَا ، فَكَذَلِكَ . وَعَنْهُ ، الرَّبْحُ الْمُنْعَى
لِلْمُشْتَرَى .

٢٣٦١ - مسألة : (وَإِنْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ ثُمَّ نَقَدَهَا ، « فَكَذَلِكَ »)
إِذَا اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ ^(١) ، اِحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الرَّبْحُ لِلْغَاصِبِ . وَكَذَلِكَ ذَكَرَهُ
أَبُو الْخَطَّابِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى
لِنَفْسِهِ فِي ذِمَّتِهِ ، فَكَانَ الشُّرَاءُ لَهُ وَالرَّبْحُ لَهُ ، وَعَلَيْهِ بَدَلُ الْمَغْضُوبِ . وَهَذَا
قِيَاسُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَحْمَدَ . وَاحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ لِلْمَالِكِ ؛
لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى بَعَيْنِ الْمَالِ . وَهَذَا الْمَشْهُورُ فِي

عُرْوَةَ بْنِ الْجَعْدِ ^(٢) . وَنَقَلَ حَرْبٌ فِي خَبَرِ عُرْوَةَ ، إِنَّمَا جَازَ ؛ لِأَنَّهُ ، عَلَيْهِ أَفْضَلُ
الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ ، جَوَّزَهُ لَهُ . وَقَيَّدَ جَمَاعَةٌ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الْفُنُونِ » ،
و « التَّرْغِيبِ » الرَّبْحَ لِلْمَالِكِ ، إِنْ صَحَّ الشُّرَاءُ ، وَأُطْلِقَ الْأَكْثَرُ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ :
وَيَتَخَرَّجُ مِنَ الْقَوْلِ بِيُطْلَانِ التَّصَرُّفِ رِوَايَةً بَعْدَمِ الْمِلْكِ لِلرَّبْحِ ، وَهُوَ الْأَقْوَى .
انْتَهَى . وَعَنْهُ ، يَتَصَدَّقُ بِهِ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ بَعْيُهُ ، إِنْ قُلْنَا : التَّقْوُدُ تَتَعَيَّنُ
بِالتَّعْيِينِ .

قوله : وَإِنْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ ، ثُمَّ نَقَدَهَا ، فَكَذَلِكَ . يَعْنِي ، الرَّبْحُ لِلْمَالِكِ أَيْضًا .
وَاعْلَمْ أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ ، [١٩٩/٢] أَوْ بَاعَ سَلَمًا ، ثُمَّ أَقْبَضَ الْمَغْضُوبَ
وَرَبِحَ ، فَالْعَقْدُ صَحِيحٌ ، عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَالْإِقْبَاضُ فَايَسِدُ . بِمَعْنَى ، أَنَّهُ غَيْرُ مُبَرِّئٍ ،
وَصِحَّةُ الْعَقْدِ نَصٌّ عَلَيْهَا فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ . وَحَكَى الْقَاضِي فِي « التَّلْغِيقِ الْكَبِيرِ »
وَجْهًا ، يَكُونُ الْعَقْدُ مَوْقُوفًا عَلَى إِجَازَةِ الْمَالِكِ ؛ إِنْ أَجَازَهُ ، صَحَّ ، وَإِلَّا بَطَلَ .

(١-١) سقط من : تش ، م .

(٢) تقدم تخريجه في ٥٦/١١ .

المَذْهَبِ . [٢٩١/٤ ظ] قال صاحب «المُحَرَّرِ» : إذا اشْتَرَى في ذِمَّتِهِ بِنْيَةً نَقَدَهَا ؛ لِقَلَّا يَتَّخِذُ ذَلِكَ طَرِيقًا إِلَى غَضَبِ مَالِ الْغَيْرِ وَالتَّجَارَةِ بِهِ . وَإِنْ خَسِرَ ، فَهُوَ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصٌ حَصَلَ فِي الْمَعْصُوبِ . وَإِنْ دَفَعَ الْمَالُ إِلَى مَنْ يُضَارِبُ بِهِ ، فَالْحُكْمُ فِي الرَّبْحِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَلَيْسَ عَلَى الْمَالِكِ مِنْ أَجْرِ الْعَامِلِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي الْعَمَلِ فِي مَالِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُضَارِبُ عَالِمًا بِالْغَضَبِ ، فَلَا أَجْرَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٌّ بِالْعَمَلِ ، وَلَمْ يَغْرَهُ أَحَدٌ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ أَجْرٌ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَعْمَلَهُ عَمَلًا بِعَوَضٍ لَمْ يَحْصُلْ لَهُ ، فَلَزِمَهُ أَجْرُهُ ، كَالْعَقْدِ الْفَاسِدِ .

قال : وهو أصحُّ ما يُقَالُ فِي الْمَسْأَلَةِ . قال الحارِثِيُّ : وهو مأخوذٌ مِنْ مِثْلِهِ فِي مَسْأَلَةِ الْفُضُولِيِّ . قال : وهو مُشْكِلٌ ؛ إِذْ كَيْفَ يَقِفُ تَصَرُّفُ الْإِنْسَانِ لِنَفْسِهِ عَلَى إِجَازَةٍ غَيْرِهِ ؟ انتهى . وَأَمَّا الرَّبْحُ ، فَقَدْ أَمَّا الْمُصَنَّفُ هُنَا أَنَّهُ لِلْمَالِكِ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قال الشَّارِحُ : هَذَا الْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ . قال الحارِثِيُّ : هُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَجَزَمَ بِهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، حَتَّى أَبُو الْخَطَّابِ فِي «رُعُوسِ الْمَسَائِلِ» . انتهى . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْإِرْشَادِ» وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» ، وَ «الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ «الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَ «الْفَائِقِ» ، وَ «الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَهُوَ مِنْ الْمُفْرَدَاتِ . وَقَالَ فِي «الْمُحَرَّرِ» ، وَ «الْوَجِيزِ» ، وَ «الْمُنَوَّرِ» : إِذَا اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ بِنْيَةً نَقَدَهَا ، فَالرَّبْحُ لِلْمَالِكِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي «تَذَكِرَتِهِ» . وَعَنْهُ ، الرَّبْحُ لِلْمُشْتَرِي . وَهُوَ احْتِمَالٌ فِي «الشَّرْحِ» ، وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الْخَرَقِيِّ . قال الحارِثِيُّ : وَهُوَ الْأَقْوَى . فَعَلِيهَا ، يَجُوزُ لَهُ الْوَطْءُ . وَنَقَلَهُ الْمَرْوُذِيُّ . وَعَلَى هَذَا ، إِنْ أَرَادَ التَّخَلُّصَ مِنْ شُبْهَةِ يَدِهِ ،

فصل : وإن أجزَرَ الغاصِبُ المَعْصُوبَ ، فالإِجَارَةُ باطِلَةٌ ، في إِحْدَى الرواياتِ ، كالْبَيْعِ ، ولِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ أَجَرَ المِثْلِ ، فإن ضَمَّنَ المُسْتَأْجِرَ ، لم يَرْجِعْ بِذلك ؛ لَأَنَّهُ دَخَلَ في العَقْدِ على أَنَّهُ يَضْمَنُ المَنْفَعَةَ وَيَسْقُطُ عنه المُسَمَّى في العَقْدِ . وإن كان دَفَعَهُ إلى الغاصِبِ ، رَجَعَ به . وإن تَلَفَتِ العَيْنُ في يَدِ المُسْتَأْجِرِ ، فلما لِكِهَا تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا قِيَمَتَهَا ، فإن ضَمَّنَ المُسْتَأْجِرَ ، رَجَعَ بِذلك على الغاصِبِ ^(١) ؛ لَأَنَّهُ دَخَلَ معه على أَنَّهُ لا يَضْمَنُ العَيْنَ ، ولم يَحْصُلْ له ^(٢) بَدَلٌ في مُقَابَلَةِ ما غَرِمَ . وإن كان عَالِمًا بِالْعَصَبِ ، لم يَرْجِعْ على الغاصِبِ ؛ لَأَنَّهُ دَخَلَ على بَصِيرَةٍ ، وَحَصَلَ

اِشْتَرَى في ذِمَّتِهِ ، ثم نَقَدَهَا . وقاله القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ . وذكرَهُ عن أحمدَ . الإِنْصَافُ
فوائد ؛ الأولى ، لو اتَّجَرَ بالوَدِيعَةِ ، فالرَّبْحُ لِلْمَالِكِ . على الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ ، ونَصَّ عليه في رِوَايَةِ الجُمَاعَةِ . ونَقَلَ حَنْبَلٌ ، ليس لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَيَتَصَدَّقُ به . قال الحَارِثِيُّ : وهذا مِنْ أَحْمَدَ مُفْتَضِّلٌ لِبُطْلَانِ العَقْدِ ، وَذلكَ وَفَقَ المَذْهَبِ الْمُخْتَارِ في تَصَرُّفِ الغاصِبِ ، وهو أَقْوَى . انتهى . الثَّانِيَةُ ، لو قَارَضَ بِالْمَعْصُوبِ ، أو الوَدِيعَةِ ، فالرَّبْحُ على ما تَقَدَّمَ ، ولا شَيْءَ لِلْعَامِلِ على المَالِكِ ، وإنْ عَلِمَ ، فلا شَيْءَ له على الغاصِبِ أَيضًا ، وإِلَّا فَلَهُ عَلَيْهِ أَجْرَةُ المِثْلِ . الثَّالِثَةُ ، إِجَارَةُ الغاصِبِ لِلْمَعْصُوبِ . وهو كالْبَيْعِ ، كما تَقَدَّمَ ، وهو دَاخِلٌ في كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، والأَجْرَةُ لِلْمَالِكِ . نَصَّ عليه . وظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّ المُسَمَّى هو الواجِبُ لِلْمَالِكِ . قاله الحَارِثِيُّ . وقال الْمُصَنِّفُ وَغيرُهُ : إِنَّ الواجِبَ أَجْرَةُ المِثْلِ . قال

(١) في م : « الغارم » .

(٢) سقط من : م .

التَّلَفُ فِي يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ الْأَجْرَ وَالْقِيَمَةَ ، رَجَعَ بِالْأَجْرِ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، عِلْمٌ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ، وَيَرْجِعُ بِالْقِيَمَةِ إِنْ كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ عِلْمًا بِالْغَضَبِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ ، فِي هَذَا الْفَصْلِ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّ الْأَجْرَ لِلْغَاصِبِ دُونَ صَاحِبِ الدَّارِ . وَهُوَ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ عَوَضُ الْمَنَافِعِ الْمَمْلُوكَةِ لِرَبِّ الدَّارِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهَا الْغَاصِبُ ، كَعَوَضِ الْأَجْزَاءِ .

الشرح الكبير

الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَقْوَى . الرَّابِعَةُ ، لَوْ أَنْكَحَ الْأَمَةُ الْمَعْصُوبَةَ ، فَفِي الْبُطْلَانِ وَالصَّحَّةِ مَا قَالَهُ الْمُصَنِّفُ فِي الْمَثْنِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالصَّحِيحُ لَا أَصْلَ لَهُ ؛ فَإِنَّهُ مُقْتَضٍ لِنَفْيِ اشْتِرَاطِ الْوَلِيِّ فِي النِّكَاحِ ، وَهُوَ خِلَافُ الْمَذْهَبِ . لَكِنْ قَدْ يَقْرُبُ إِجْرَاؤُهُ مَجْرَى الْفُضُولِيِّ ، فَتَأْتِي رِوَايَةُ الْإِنْعَادِ مَعَ الْإِجَازَةِ . الْخَامِسَةُ ، لَوْ وَهَبَ الْمَعْصُوبُ ، فَفِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ الْبُطْلَانُ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . السَّادِسَةُ ، تَذْكِيَةُ الْغَاصِبِ الْحَيَوَانَ الْمَأْكُولَ . وَفِي إِفَادَتِهَا لِحُلِّ الْأَكْلِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ مَيْتَةٌ ، لَا يَحِلُّ أَكْلُهُ مُطْلَقًا . جَزَمَ بِهِ أَبُو بَكْرٍ فِي « التَّنْبِيهِ » . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَحِلُّ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ قَوْلُ الْأَكْثَرِينَ . انْتَهَى . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَهُوَ قَوْلُ غَيْرِ أَبِي بَكْرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ بَعْدَ الْمِائَةِ » . « وَقَدْ نَبَّهَ عَلَيْهِ الْمُصَنِّفُ قَبْلَ ذَلِكَ ، فِيمَا إِذَا ذَبَحَ الشَّاةَ وَشَوَاهَا » . وَيَأْتِي نَظِيرُ ذَلِكَ فِي ذَبْحِ السَّارِقِ الْحَيَوَانَ الْمَسْرُوقَ ، فِي بَابِ الْقَطْعِ فِي السَّرْقَةِ . وَمِنْ جُمْلَةِ الْمَسَائِلِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِذَلِكَ ؛ التَّذْكِيَةُ بِالْأَلَةِ الْمَعْصُوبَةِ ، وَكَذَلِكَ التَّزْوُجُ بِمَالٍ مَعْصُوبٍ . وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خِلَافٌ يَأْتِي .

الإيناف

وإن اختلفا في قيمة المغضوب ، أو قدره ، أو صناعة فيه ، فالقول المنع قول الغاصب .

٢٣٦٢ - مسألة : (وإن اختلفا في قيمة المغضوب ، أو قدره ، أو صناعة فيه ، فالقول قول الغاصب) إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغضوب ولا يثبت ، فالقول قول الغاصب ؛ لأن الأصل براءة ذمته ، فلا يلزمه ما لم يقيم عليه حجة ، كالمو ادعى عليه ديناً فاقتر ببعضه . وكذلك إن اختلفا في قدره ، فقال : غصبتني مائة . قال : بل خمسين . [٢٩٢/٤] لما ذكرنا . وكذلك إن قال المالك : كان كاتباً - أو - له صناعة . فأنكر الغاصب ، فالقول قوله كذلك ^(١) . فإن شهدت البيّنة بالصفة ، ثبتت .

قوله : وإن اختلفا في قيمة المغضوب ، أو قدره ، أو صناعة فيه ، فالقول قول الغاصب . لا أعلم فيه خلافاً .

فائدة : لو اختلفا في تلف المغضوب ، فالقول قول الغاصب في تلفه . على الصحيح من المذهب . قال في « الفروع » : قبل قول الغاصب في الأصح . وجزم به في « المعنى » ، و « الشرح » ، وغيرهما . وقدمه الحارثي . وقيل : القول قول المالك . اختاره الحارثي . وهما احتمالان مطلقان في « التلخيص » . فعلى المذهب ، للمغضوب منه أن يطالب الغاصب ببذله . على الصحيح من المذهب . وقدمه في « الشرح » ، و « التلخيص » ، و « الفروع » . وصححه الحارثي ، واختاره المصنف . وقيل : ليس له مطالبته ؛ لأنه لا يدعيه .

(١) في الأصل ، تش : « لذلك » .

المقنع وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي رَدِّهِ ، أَوْ عَيْبٍ [١٤١ ط] فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ .

الشرح الكبير

٢٣٦٣ - مسألة : (وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي رَدِّهِ ، أَوْ عَيْبٍ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ) لأنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الرَّدِّ وَبَقَاؤُهُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ . وَإِنْ قَالَ الْغَاصِبُ : كَانَتْ فِيهِ سَلْعَةٌ - أَوْ - إِصْبَعٌ زَائِدَةٌ - أَوْ - عَيْبٌ . وَأَنْكَرَ الْمَالِكُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لأنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ ذَلِكَ . وَإِنْ اِخْتَلَفَا بَعْدَ زِيَادَةِ قِيَمَةِ الْمَعْصُوبِ فِي وَقْتِ الزِّيَادَةِ ، فَقَالَ الْمَالِكُ : زَادَتْ قَبْلَ تَلْفِهِ . وَقَالَ الْغَاصِبُ : بَعْدَ تَلْفِهِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ ؛ لأنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ . وَإِنْ « شَاهَدَتِ الْبَيِّنَةُ » الْعَبْدَ مَعِيًّا ، فَقَالَ الْغَاصِبُ : كَانَ مَعِيًّا قَبْلَ غَضَبِهِ . وَقَالَ الْمَالِكُ : تَعَيَّبَ عِنْدَكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ غَارِمٌ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ صِفَةَ الْعَبْدِ لَمْ تَتَغَيَّرْ . وَيَتَخَرَّجُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَالِكِ ، كَمَا إِذَا اِخْتَلَفَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الْعَيْبِ : هَلْ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ ، أَوْ حَدَّثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ؟ فَإِنْ فِيهِ رِوَايَةٌ ،

الإيضاح

قوله : (وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي رَدِّهِ ، أَوْ عَيْبٍ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ) . بِلَا نِزَاعٍ أَعْلَمُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . لَكِنْ لَوْ شَاهَدَتِ الْبَيِّنَةُ الْعَبْدَ مَعِيًّا عِنْدَ الْغَاصِبِ ، فَقَالَ الْمَالِكُ : حَدَّثَ عِنْدَ الْغَاصِبِ . وَقَالَ الْغَاصِبُ : بَلْ كَانَ فِيهِ قَبْلَ غَضَبِهِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَقَالَ : وَيَتَخَرَّجُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَالِكِ . كَمَا لَوْ تَبَايَعَا وَاجْتَلَفَا فِي عَيْبٍ ؛ هَلْ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ ، أَوْ حَدَّثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ؟ فَإِنْ فِيهِ رِوَايَةٌ ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْبَائِعِ . كَذَلِكَ هَذَا ؛ إِذِ الْأَصْلُ السَّلَامَةُ ، وَتَأَخَّرَ

وَأِنْ بَقِيَتْ فِي يَدِهِ غُصُوبٌ لَا يَعْرِفُ أَرْبَابَهَا ، تَصَدَّقَ بِهَا عَنْهُمْ ،
بَشْرَطِ الضَّمَانِ ، كَاللُّقْطَةِ .

الشرح الكبير : أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلَ الْبَائِعِ ، كَذَلِكَ هَذَا . وَإِنْ غَضِبَهُ خَمْرًا ، فَقَالَ الْمَالِكُ : تَخَلَّلَ عِنْدَكَ . وَأَنْكَرَ الْغَاصِبُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ تَغْيِيرِهِ وَبَرَاءَةُ ذِمَّةِ الْغَاصِبِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي تَلْفِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ إِذَا ادَّعَى التَّلْفَ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِذَلِكَ ، وَتَعَذَّرُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ ، فَإِذَا حَلَفَ ، فَلِلْمَالِكِ الْمُطَالَبَةُ بِبَدْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ رَدُّ الْعَيْنِ ، فَلَزِمَ بَدْلُهَا ، كَمَا لَوْ غَضَبَ عَبْدًا فَأَبْقَى . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِالْبَدْلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِيهِ . وَإِنْ قَالَ : غَضِبْتُ مِنْى حَدِيثًا . قَالَ : بَلْ عَتِيقًا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ وَجُوبِ الْحَدِيثِ ، وَلِلْمَالِكِ الْمُطَالَبَةُ بِالْعَتِيقِ ؛ لِأَنَّهُ دُونَ حَقِّهِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الثِّيَابِ الَّتِي عَلَى الْعَبْدِ ، فَهِيَ لِلْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُمَا فِي يَدِهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيهَا ، وَلَمْ يَثْبُتْ أَنَّهَا كَانَتْ لِلْمَالِكِ الْعَبْدِ .

٢٣٦٤ - مسألة : (وَإِنْ بَقِيَتْ فِي يَدِهِ غُصُوبٌ لَا يَعْلَمُ أَرْبَابَهَا ، تَصَدَّقَ بِهَا عَنْهُمْ ، بَشْرَطِ الضَّمَانِ ، كَاللُّقْطَةِ) [٢٩٢/٤ ط] لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنْ

الْحُدُوثِ عَنْ وَقْتِ الْغَضَبِ . انْتَهَى . قُلْتُ : هَذِهِ الرَّوَايَةُ اخْتَارَهَا جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ هُنَاكَ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي الْخِيَارِ فِي الْعَيْبِ .

قوله : وَإِنْ بَقِيَتْ فِي يَدِهِ غُصُوبٌ لَا يَعْرِفُ أَرْبَابَهَا ، تَصَدَّقَ بِهَا عَنْهُمْ ، بَشْرَطِ [١٩٩/٢ ط] الضَّمَانِ ، كَاللُّقْطَةِ . إِذَا بَقِيَ فِي يَدِهِ غُصُوبٌ لَا يَعْرِفُ أَصْحَابَهَا ، فَسَلَّمَهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، بَرِئَ مِنْ عَهْدَتِهَا ، بَلَا نِزَاعٍ . وَيُجُوزُ لَهُ الصَّدَقَةُ بِهَا عَنْهُمْ بَشْرَطِ ضَمَانِهَا ، وَيَسْقُطُ عَنْهُ إِثْمُ الْغَضَبِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ

رَدُّهَا عَلَى أَصْحَابِهَا ، فَإِذَا تَصَدَّقَ بِهَا عَنْهُمْ كَانَ ثَوَابُهَا لِأَرْبَابِهَا ، فَيُسْقِطُ ذَلِكَ إِثْمَ غَضَبِهَا ، وَلَأنَّ قَضَاءَ الْحُقُوقِ فِي الْآخِرَةِ بِالْحَسَنَاتِ وَحَمَلِ السَّيِّئَاتِ ، فَإِذَا طُلِبَ مِنْهُ عَوَضُ الْعَصَبِ أَحَالَهُمْ بِثَوَابِ الصَّدَقَةِ . (١) وَعَنْهُ فِي اللَّقْطَةِ ، لَا تَجُوزُ الصَّدَقَةُ (٢) بِهَا . فَيُخَرَّجُ هُنَا مِثْلُهُ . فَعَلَى هَذَا ، لَهُ دَفْعُهُ إِلَى نَائِبِ الْإِمَامِ ، كَالضُّوَالِّ .

الشرح الكبير

الأَصْحَابُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الْوَجِيز » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ وَالتَّسْعِينَ » : لَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا فِيهِ خِلَافًا . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّادِسَةِ بَعْدَ الْمِائَةِ » : وَيَتَصَدَّقُ بِهَا عَنْهُ ، عَلَى الصَّحِيحِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمَا . نَقَلَ الْمَرْوُذِيُّ ، يُعْجِبُنِي الصَّدَقَةُ بِهَا . وَقَالَ فِي « الْغَنِيَّةِ » : عَلَيْهِ ذَلِكَ . وَنَقَلَ أَيْضًا ، عَلَى فَقَرَاءِ مَكَانِهِ ، إِنْ عَرَفَهُ . وَنَقَلَ صَالِحٌ ، أَوْ بَقِيَمَتِهِ . وَلَهُ شِرَاءُ عَرَضٍ بِنَقْدٍ ، وَيَتَصَدَّقُ بِهِ ، وَلَا تَجُوزُ مُحَابَاةُ قَرِيبٍ وَغَيْرِهِ . نَصَّ عَلَيْهِمَا . وَظَاهَرُ نَقْلِ حَرْبٍ ، فِي الثَّانِيَةِ ، الْكَرَاهَةُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَهُوَ ظَاهَرُ كَلَامِهِمْ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ . انْتَهَى . وَعَنْهُ ، لَيْسَ لَهُ الصَّدَقَةُ بِهَا . ذَكَرَهَا الْقَاضِي فِي كِتَابِ « الرَّوَايَتَيْنِ » . وَهُوَ تَخْرِيجٌ فِي « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » .

الإنصاف

فَالثَّانِي : إِحْدَاهُمَا ، قَالَ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ : وَكَذَا الرُّهُونُ ، وَالْوَدَائِعُ ، وَسَائِرُ الْأَمَانَاتِ ، كَالْأَمْوَالِ الْمُحَرَّمَةِ فِيمَا ذَكَرْنَا . وَذَكَرَ نُصُوصًا فِي ذَلِكَ . وَتَقَدَّمَ حُكْمُ الرُّهُونِ فِي آخِرِ الرُّهْنِ ، وَيَأْتِي قَرِيبًا مِنْ ذَلِكَ ، فِي بَابِ أَدَبِ الْقَاضِي ، عِنْدَ حُكْمِ الْهَدِيَّةِ ، وَالرَّشْوَةِ ، وَتَأْتِي مَسْأَلَةُ الْوَدِيعَةِ فِي بَابِهَا ، وَهَلْ يَلْزَمُ الْحَاكِمَ الْأَخْذُ ، أَمْ

لا ؟ الثانية ، لا يجوز لمن هذه الأشياء في يده ، وقُلنا : له الصدقة بها . أن يأخذ منها لنفسه إذا كان من أهل الصدقة . نص عليه . وخرج القاضي جواز الأكل منها إذا كان فقيرًا ، على الروایتين في شراء الوصي من نفسه . نقله عنه ابن عقيل في « فنونه » ، وأفتى به الشيخ تقي الدين في الغاصب إذا تاب .

تنبيه : ظاهر قوله : لا يعرف أربابها . أنه لا يتصدق بها إلا مع عدم معرفة أربابها ، سواء كان قليلًا أو كثيرًا ، وهو المذهب . وقدمه في « الفروع » . ونقل الأثر وغيره ، له الصدقة بها إذا علم ربها ، وشق دفعه إليه ، وهو يسير ، كحبة . وقطع به في « القاعدة السابعة والتسعين » ، فقال : له الصدقة به عنه . نص عليه في مواضع . وقال الحارثي : إذا علم الغاصب المالك ، فهنا حالتان ؛ إحداهما ، انقطاع خبره لعيبه ؛ إما ظاهرها السلامة ؛ كالتجارة ، والسياحة ، ومضت مدة الإياس ، ولا وارث له ، تصدق بها كما لو جهل . نص عليه . وإما ظاهرها الهلاك ؛ كالمفقود من بين أهله ، أو في مهلكة ، أو بين الصنفين ، ونحوه ، وكذلك أربع سنين ، وأربعة أشهر وعشر ، ولا وارث له ، تصدق به أيضًا . نص عليه . وإن كان له وارث ، سلم إليه . وأنكر أبو بكر الزيادة على الأربع سنين ، وقال : لا معنى للأربعة أشهر في ذلك . قال القاضي وغيره : أصل المسألة ، هل يقسم مال المفقود للمدة التي تباع زوجته فيها ، أو لأربع سنين فقط ؟ على روايتين . وإن لم تمض المدة المعتبرة ، ففي المال المحرم يتعين التسليم إلى الحاكم من غير انتظار . وأما ما أوتمن عليه ؛ كالوديعة ، والرهن ، فليس عليه الدفع إليه . الحالة الثانية ، أن يعلم وجوده ، فإن كان غائبًا ، سلم إلى وكيله ، وإلا فإلى الحاكم ، وإن كان حاضرًا ، فإليه أو إلى وكيله . وإن علم موته ، فإلى ورثته ، فإن لم يكن له ورثة ، تصدق به . نص عليه . ولا يكون لبست المال فيه شيء . ويأتي

الإنصاف إذا كَسَبَ مَالًا حَرَامًا بِرِضَا الدَّافِعِ ، ونحوه ، في بابِ أَدَبِ الْقَاضِي ، عِنْدَ الْكَلَامِ عَلَى الْهَدْيَةِ لِلْحَاكِمِ .

تنبيه : قَوْلُ الْمُصَنِّفِ : كَاللُّقْطَةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : الْأَلِيقُ فِيهِ التَّشْبِيهُ بِأَصْلِ الضَّمَانِ ، لَا فِي مَضْمُونِ الصَّدَقَةِ وَالضَّمَانِ ، فَإِنَّ الْمَذْهَبَ فِي اللَّقْطَةِ التَّمْلُكُ لَا التَّصَدُّقُ . انْتَهَى . قُلْتُ : بَلِ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ جَوَازُ التَّصَدُّقِ بِاللُّقْطَةِ الَّتِي لَا تَمْلُكُ بِالتَّعْرِيفِ ، عَلَى مَا يَأْتِي مِنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ فِي اللَّقْطَةِ . قَالَ الشَّارِحُ هُنَا : وَعِنَهُ فِي اللَّقْطَةِ ، لَا تَجُوزُ الصَّدَقَةُ بِهَا . فَيَتَخَرَّجُ هُنَا مِثْلُهُ .

فوائد ؛ إحداهما ، قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : لَمْ يَذْكُرِ الْأَصْحَابُ فِي ذَلِكَ سِوَى الصَّدَقَةِ بِهَا . وَنَقَلَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ هَانِيٍّ ، يَتَصَدَّقُ بِهَا ، أَوْ يَشْتَرِي بِهَا كِرَاعًا ، أَوْ سِلَاحًا يُوقِفُ ، هُوَ مَصْلَحَةٌ لِلْمُسْلِمِينَ . انْتَهَى . قُلْتُ : قَدْ ذَكَرَ ذَلِكَ الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ عَنْ ذَلِكَ : يُنْزَلُ مَنْزِلَةَ الصَّدَقَةِ . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَسَأَلَهُ جَعْفَرٌ^(١) عَنْ مَنْ مَاتَ ، وَكَانَ يَدْخُلُ فِي أُمُورٍ تُكْرَهُ ، فَيُرِيدُ بَعْضُ وَلَدِهِ التَّنْزُّهَ ؟ فَقَالَ إِذَا دَفَعَهَا إِلَى الْمَسَاكِينِ ، فَأَيُّ شَيْءٍ بَقِيَ عَلَيْهِ ؟ وَاسْتَحْسَنَ أَنْ يُوقِفَهَا عَلَى الْمَسَاكِينِ . وَبِتَوَجُّهُ عَلَى أَفْضَلِ الْبِرِّ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : تُصَرَّفُ فِي الْمَصَالِحِ . وَقَالَ فِي وَدِيعَةٍ ، وَغَيْرِهَا ، وَقَالَ : قَالَهُ الْعُلَمَاءُ ، وَأَنَّهُ مَذْهَبُنَا ، وَمَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ . وَهَذَا مُرَادُ أَصْحَابِنَا ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ صَدَقَةٌ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : مَنْ تَصَرَّفَ [٢٠٠/٢ و] فِيهِ بِوَلَايَةِ شَرْعِيَّةٍ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَقَالَ : لَيْسَ لِصَاحِبِهِ ، إِذَا عُرِفَ ، رَدُّ الْمُعَاوَضَةِ ؛ لِثُبُوتِ الْوَلَايَةِ عَلَيْهَا شَرْعًا لِلْحَاجَةِ ، كَمَنْ مَاتَ وَلَا وَلِيَّ لَهُ وَلَا حَاكِمٍ . مَعَ أَنَّهُ ذَكَرَ أَنَّ مَذْهَبَ أَحْمَدَ وَقَفَ الْعَقْدُ لِلْحَاجَةِ ؛ لِفَقْدِ الْمَالِكِ ،

(١) فِي الْفُرُوعِ ٥١٣/٤ : « الْمُرُودِي » .

فَصْلٌ : وَمَنْ أَتْلَفَ مَالًا مُحْتَرَمًا لِغَيْرِهِ ، ضَمِنَهُ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : (وَمَنْ أَتْلَفَ مَالًا مُحْتَرَمًا لِغَيْرِهِ ، ضَمِنَهُ) إذا كانَ بغيرِ إِذْنِهِ . لَا نَعْلَمُ فِي ذَلِكَ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ قُوَّتُهُ عَلَيْهِ ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ ، كَمَا لَوْ غَصَبَهُ قَتَلَفَ عِنْدَهُ .

الإيضاح

ولغير حاجة، الروايتان . وقال في مَنْ اشْتَرَى مَالَ مُسْلِمٍ مِنْ التَّيْرِ لَمَّا دَخَلُوا الشَّامَ : إِنْ لَمْ يُعْرِفْ صَاحِبَهُ ، ضُرِفَ فِي الْمَصَالِحِ ، وَأُعْطِيَ مُشْتَرِيهِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ لَهَا إِلَّا بِتَقَاتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ ذَلِكَ . كَمَا رَجَّحَهُ فِي مَنْ اتَّجَرَ بِمَالٍ غَيْرِهِ ، وَرِيحَ . وَنَصَّ فِي وَدِيعَةٍ ، تُنْتَظَرُ ، كَمَالٍ مَفْقُودٍ ، وَأَنَّ جَائِزَةَ الْإِمَامِ أَحَبُّ إِلَيْهِ مِنَ الصَّدَقَةِ . قَالَ الْقَاضِي : إِنْ لَمْ يَعْرِفْ أَنَّ عَيْنَهُ مَعْصُوبٌ ، فَلَهُ قَبُولُهُ . وَسَوَى ابْنِ عَقِيلٍ وَغَيْرِهِ بَيْنَ وَدِيعَةٍ وَغَضَبٍ ، وَذَكَرَهُمَا الْحَلَوَانِيُّ ، كَرَهْنِ . الثَّانِيَةُ ، إِذَا تَصَدَّقَ بِالْمَالِ ، ثُمَّ حَضَرَ الْمَالِكُ ، خُيِّرَ بَيْنَ الْأَجْرِ وَبَيْنَ الْأَخْذِ مِنَ الْمُتَصَدِّقِ ؛ فَإِنْ اخْتَارَ الْأَجَرَ ، فَذَاكَ وَإِنْ اخْتَارَ الْأَخْذَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَالْأَجْرُ لِلْغَارِمِ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي الرَّهْنِ ، قَالَ الْحَارِثِيُّ . الثَّلَاثَةُ ، إِذَا لَمْ يَبْقَ دِرْهَمٌ مُبَاخٍ ، فَقَالَ فِي « النَّوَادِرِ » : يَأْكُلُ عَادَتَهُ ، لَا مَالَهُ عَنْهُ غُنْيَةً ؛ كَحُلُوءٍ ، وَفَاكِهَةٍ .

قوله : وَمَنْ أَتْلَفَ مَالًا مُحْتَرَمًا لِغَيْرِهِ ، ضَمِنَهُ . سواءً كانَ عَمْدًا أَوْ سَهْوًا . وَمَقْهُومُهُ ، أَنَّ غَيْرَ الْمُحْتَرَمِ لَا يَضْمَنُهُ ؛ كَمَالِ الْحَرَبِيِّ ، وَالصَّائِلِ ، وَالْعَبْدِ فِي حَالِ قَطْعِهِ الطَّرِيقَ ، وَنَحْوِهِ . وَهُوَ كَذَلِكَ .

تنبيه : يُسْتَشْنَى مِنْ قَوْلِهِ : وَمَنْ أَتْلَفَ مَالًا مُحْتَرَمًا ، ضَمِنَهُ . الْحَرَبِيُّ إِذَا أَتْلَفَ مَالَ الْمُسْلِمِ ، فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ .

فوائد ؛ منها ، قال في « الفائق » : قلت : ولو أتلَفَ لغيرِهِ وَثِيقَةً بِمَالٍ ، لَا يَثْبُتُ ذَلِكَ الْمَالُ إِلَّا بِهَا فَفِي إلْزَامِهِ مَا تَصَمَّنَتْهُ اِحْتِمَالَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزَمُهُ ، كَقَوْلِ الْمَالِكِيَّةِ . انتهى . قلت : وهذا الصَّوَابُ . وقال في « الفروع » ، في بابِ الْقَطْعِ فِي السَّرْقَةِ : وَإِنْ سَرَقَ فَرْدٌ خُفٌّ ، قِيَمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَّفَرِّدًا دِرْهَمَانِ ، وَمَعَ عَشْرَةٍ ، ضَمِنَ ثَمَانِيَةً ؛ قِيَمَةُ الْمُتَلَفِ خَمْسَةَ ، وَنَقَصُ التَّفْرِقَةِ ثَلَاثَةٌ . وقيل : دِرْهَمَيْنِ ، وَلَا قَطْعَ . قال : وَضَمَانُ مَا فِي وَثِيقَةٍ أَتْلَفَهَا ، إِنْ تَعَذَّرَ ، يَتَوَجَّهُ تَخْرِيجُهُ عَلَيْهَا . انتهى . وقال ابنُ نَصْرِ اللَّهِ فِي « حَوَاشِي الْفُرُوعِ » : وَقَدْ يُخْرِجُ الضَّمَانُ لِلوَثِيقَةِ مِنْ مَسْأَلَةِ الْكَفَالَةِ ؛ فَإِنَّهَا تَقْتَضِي إِحْضَارَ الْمَكْفُولِ ، أَوْ ضَمَانَ مَا عَلَيْهِ ، وَهَذَا ؛ إِمَّا أَنْ يُحْضِرَ الْوَثِيقَةَ ، أَوْ يَضْمَنَ مَا فِيهَا ، إِنْ تَعَذَّرَتْ . وَمِنْهَا ، لَوْ أُكْرِهَ عَلَى إِتْلَافِ مَالِ الْغَيْرِ ، فَقِيلَ : يَضْمَنُهُ مُكْرِهُهُ . قَطَعَ بِهِ الْقَاضِي فِي كِتَابِهِ « الْأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ ، وَالنَّهْيُ عَنِ الْمُنْكَرِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « عُمَدِ الْأَدْلَةِ » . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » . وَقِيلَ : هُوَ كَمُضْطَرٍّ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ . وَهُوَ اِحْتِمَالُ لِلْقَاضِي ، فِي بَعْضِ تَعَالِيْقِهِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ » . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ » : وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى إِتْلَافِهِ ، ضَمِنَهُ . يَعْنِي الْمُبَاشِرَ ، وَقَطَعَ بِهِ . انتهى . فَإِذَا ضَمِنَ الْمُبَاشِرُ ، إِنْ كَانَ جَاهِلًا ، رَجَعَ عَلَى مُكْرِهِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الرُّعَايَةِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : لَا يَرْجِعُ . وَإِنْ كَانَ عَالِمًا ، لَمْ يَرْجِعْ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يَرْجِعُ ؛ لِإِبَاحَةِ إِتْلَافِهِ وَوُجُوبِهِ بِخِلَافِ الْإِكْرَاهِ عَلَى الْقَتْلِ . وَلَمْ يَخْتَرْهُ ، بِخِلَافِ مُضْطَرٍّ . وَهَلْ لِلْمَالِكِ مُطَالَبَةُ مُكْرِهِهِ إِذَا كَانَ الْمُكْرَهُ ، بِفَتْحِ الرَّاءِ ، عَالِمًا ، وَقُلْنَا : لَهُ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . قلت : لَهُ مُطَالَبَتُهُ . فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ

وَأِنْ فَتَحَ قَفْصًا عَنْ طَائِرِهِ ، أَوْ حَلَّ قَيْدَ عَبْدِهِ ، أَوْ رِبَاطَ فَرَسِهِ ،

المنع

الشرح الكبير

٢٣٦٥ - مسألة : (وَإِنْ فَتَحَ قَفْصًا عَنْ طَائِرِهِ) فَطَارَ (أَوْ حَلَّ قَيْدَ عَبْدِهِ ، أَوْ رِبَاطَ فَرَسِهِ) « إِذَا حَلَّ رِبَاطَ دَابَّةٍ فَذَهَبَتْ ، أَوْ فَتَحَ قَفْصًا عَنْ طَائِرِهِ فَطَارَ ، ضَمِنَهُمَا » . وبه قال مالك . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : لا ضَمانَ عليه ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَهَاجَهُمَا حَتَّى ذَهَبَا . وقال أصحابُ الشافعي : إِنْ وَقَفَا بَعْدَ الْحَلِّ وَالْفَتْحِ ، ثُمَّ ذَهَبَا ، لَمْ يَضْمَنْهُمَا ،

مُطَالَبَتِهِ . وَطَالَبَهُ ، رَجَعَ عَلَى الْمُتْلِفِ ، إِنْ لَمْ يَرْجَعْ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : الضَّمانُ بَيْنَهُمَا . الإِنصاف
ومنها ، لو أَذِنَ رَبُّ الْمَالِ فِي إِتْلَافِهِ ، فَاتْلَفَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ الْمُتْلِفُ مُطْلَقًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : إِنْ عَيَّنَ الْوَجْهَ الْمَأْذُونُ فِيهِ ، مَعَ غَرَضٍ صَحِيحٍ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَقَالَ فِي « الْفُنُونِ » : لو أَذِنَ فِي قَتْلِ عَبْدِهِ ، فَقَتَلَهُ ، لَزِمَهُ كَفَّارَةُ اللَّهِ ، وَإِثْمٌ ، وَلَوْ أَذِنَ فِي إِتْلَافِ مَالِهِ ، سَقَطَ الضَّمانُ وَالْمَأْثَمُ ، وَلَا كَفَّارَةٌ . وَقَالَ بَعْدَ ذَلِكَ : يُنْتَعَمُ مِنْ تَضْيِيعِ الْحَبِّ وَالْبَذْرِ فِي الْأَرْضِ السَّيِّئَةِ بِمَا يَقْتَضِي أَنَّهُ مُحَلٌّ وَفَاقٍ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَسَبَقَ أَنَّهُ يَحْرُمُ ، فِي الْأَشْهَرِ ، دَفْنُ شَيْءٍ مَعَ الْكَفَنِ .

قوله : وَإِنْ فَتَحَ قَفْصًا عَنْ طَائِرِهِ ، أَوْ حَلَّ قَيْدَ عَبْدِهِ ، أَوْ رِبَاطَ فَرَسِهِ ، ضَمِنَهُ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : قَالَ أَصْحَابُنَا : يَلْزَمُهُ الضَّمانُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ ، سِوَاءِ تَعَقُّبِ ذَلِكَ فِعْلِهِ ، أَوْ تَرَاحِي عَنْهُ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَالْأَكْثَرُونَ .

(١ - ١) فِي تَش ، م : (فَذَهَبَتْ ضَمْنَهُ) .

وإن ذهباً عَقِيبَ ذلك ، ففيه قولان . واحتجاً بأنّ لهما اختياراً ، وقد وَجِدَتْ منهما المباشرة ، ومن الفاتح سَبَبٌ غيرُ مُلجئٍ ، فإذا اجتمعَا ، لم يَتَعَلَّقِ الضَّمانُ بالسببِ ، كما لو حَفَرَ بئراً فجاء عَبْدٌ لإنسانٍ فرمى نفسه فيها . ولنا ، أنّه ذهبَ بسببِ فعله ، فلزِمَ الضَّمانُ ، كما لو نَفَرَهُ ، أو ذَهَبَ عَقِيبَ فَتَحِهِ وحلّه ، والمباشرةُ إنّما حَصَلَتْ مِنّ لا يُمكنُ إحالةُ الحُكْمِ عليه ، فيسْقُطُ ، كما لو نَفَرَ الطائرُ ، وأهاجَ الدّابةُ ، أو أَشْلَى ^(١) كَلْبًا على صَبِيٍّ فَقَتَلَهُ ، أو أَطْلَقَ نارًا في متاعِ إنسانٍ ، فإنَّ للنارِ فِعْلاً ، لكنَّ لَمَّا لم يُمكنُ إحالةُ الحُكْمِ عليها ، كانَ وُجُودُهُ كَعَدَمِهِ ، ولأنَّ الطائرَ وسائرَ الصَّيْدِ مِن طَبْعِهِ النُّفُورُ ، وإنَّما يَبْقَى بالمانعِ ، فإذا أُزِيلَ المانعُ ذَهَبَ بِطَبْعِهِ ، فكانَ ضَمَانُهُ على مَنْ أزالَ المانعَ ، كَمَنْ قَطَعَ عِلَاقَةً قِنْدِيلٍ فَوَقَعَ فانكسَرَ . وهكذا لو حَلَّ قَيْدَ عَبْدٍ فَذَهَبَ ، أو أُسِيرَ فَأَقْلَتْ ؛ لأنَّ تَلَفَ سَبَبِ فِعْلِهِ .

قال الحارثيُّ : لا يَخْتَلِفُ فيه المذهبُ . وقال في « الفنونِ » : إنَّ كان الطائرُ مُتَأَلِّفاً ، لم يَضْمَنَهُ . وقال أيضًا : الصَّحِيحُ التَّفَرُّقُ بينَ ما يُحَالُ الضَّمانُ على فِعْلِهِ ؛ كالأَدَمِيِّ ، وبينَ ما لا يُحَالُ عليه الضَّمانُ ؛ كالحَيواناتِ والجَماداتِ ، فإذا حَلَّ قَيْدَ الْعَبْدِ ، لم يَضْمَنْ . وقيل : لا يَضْمَنْ [٢٠٠/٢ ظ] إلّا إذا ذَهَبُوا عَقِبَ الفَتْحِ والحَلِّ . فعلى المذهبِ ، يَضْمَنُهُ ، سواءَ ذَهَبَ عَقِبَ فِعْلِهِ ، أو مُتَرَاخِيًا عَنْهُ ، وسواءَ هَيَّجَ الطَّائِرَ والدَّابَّةَ حَتَّى ذَهَبَا ، أو لم يُهَيِّجْهُمَا . قاله الأصحابُ .

فوائد ؛ إحداهما ، لو بَقِيَ الطَّيْرُ والْفَرَسُ بِحالِهما ، حتى نَفَرَها آخَرُ ، ضَمِنَها المُنْفَرُ . جَزَمَ به في « المُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارثيِّ » ،

(١) أَشْلَاهُ : أَغْرَاهُ .

فَأَمَّا إِنْ فَتَحَ الْقَفْصَ ، وَحَلَّ الْفَرَسَ ، فَبَقِيَا وَاقِفَيْنِ ، فَجَاءَ إِنْسَانٌ فَتَفَرَّهُمَا فَذَهَبَا ، فَالضَّمَانُ عَلَى مُتَفَرِّهِمَا ؛ لِأَنَّ سَبَبَهُ أَحْصَى [٢٩٣/٤ ر] فَاحْتَصَصَ الضَّمَانُ بِهِ ، كَالدَّافِعِ مَعَ الْحَافِرِ . وَإِنْ وَقَعَ طَائِرٌ إِنْسَانٍ عَلَى جِدَارٍ ، فَتَفَرَّهُ إِنْسَانٌ فَطَارَ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّ تَنْفِيرَهُ لَمْ يَكُنْ سَبَبَ فَوَاتِهِ ، فَإِنَّهُ كَانَ مُمْتَنِعًا قَبْلَ ذَلِكَ . وَإِنْ رَمَاهُ فَقَتَلَهُ ، ضَمِنَهُ وَإِنْ كَانَ فِي دَارِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يُمَكِّنُهُ تَنْفِيرُهُ بغيرِ قَتْلِهِ . وَكَذَلِكَ لَوْ مَرَّ طَائِرٌ فِي هَوَاءِ دَارِهِ فَرَمَاهُ فَقَتَلَهُ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ مَنَعَ الطَّائِرِ مِنْ هَوَاءِ الدَّارِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ رَمَاهُ فِي هَوَاءِ دَارٍ غَيْرِهِ .

و « الرِّعَايَةُ » ، وَغَيْرِهِمْ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ دَفَعَ مَبْرَدًا إِلَى عَبْدٍ فَبَرَدَ بِهِ قَيْدَهُ ، فَهَلْ يَضْمَنُهُ ، أَمْ لَا ؟ وَحَكَى فِي « الْفُصُولِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ » فِيهِ احْتِمَالَيْنِ ، وَحَكَاهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » وَجَهَيْنِ ، وَأُطْلِقُوهُمَا . قُلْتُ : الصُّوَابُ الضَّمَانُ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ . وَلَوْ دَفَعَ مِفْتَاحًا إِلَى لِصٍّ ، لَمْ يَضْمَنْ . الثَّلَاثَةُ ، لَوْ حَلَّ قَيْدَ أُسِيرٍ ، ضَمِنَ ، كَحَلِّ قَيْدِ الْعَبْدِ ، وَكَذَا لَوْ فَتَحَ الْإِضْطَبْلَ ، فَضَاعَتِ الدَّابَّةُ ، وَكَذَا لَوْ حَلَّ رِبَاطَ سَفِينَةٍ ، فَغَرِقَتْ ، وَسَوَاءٌ كَانَ لِعُصُوفٍ رِيحٌ ، أَوْ لَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي : لَا يَضْمَنْ الْعُصُوفُ . الرَّابِعَةُ ، قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لَوْ غَرِمَ بِسَبَبِ كَذِبٍ عَلَيْهِ ، عِنْدَ وَلِيِّ الْأَمْرِ ، رَجَعَ عَلَى الْكَاذِبِ . قُلْتُ : وَهُوَ صَحِيحٌ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ وَغَيْرُهُ فِي بَابِ الْحَجَرِ . الْخَامِسَةُ ، لَوْ كَانَتِ الدَّابَّةُ الْمَحْمُولَةُ عَقُورًا وَجَنَّتْ ، ضَمِنَ جَنَائِبُهَا . ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، كَمَا لَوْ حَلَّ سِلْسِلَةً فَهَدَى ، أَوْ سَاجُورَ كَلْبٍ ، فَغَقَرَ . وَإِنْ أَفْسَدَتْ زَرْعَ إِنْسَانٍ ، فَكَافُسَادِ دَابَّةٍ نَفْسِهِ ، عَلَى مَا سَيَأْتِي . السَّادِسَةُ ، لَوْ وَثَبَتْ هِرَّةٌ عَلَى الطَّائِرِ بَعْدَ الْفَتْحِ ، ضَمِنَهُ . وَقَدْ تَضَمَّنَتْ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ . وَكَذَا لَوْ كَسَرَ الطَّائِرُ فِي خُرُوجِهِ قَارُورَةً ، ضَمِنَهَا .

أَوْ وَكَاءَ زِقٍّ مَائِعٍ ، أَوْ جَامِدٍ فَأَذَابَتْهُ الشَّمْسُ ، أَوْ بَقِيَ بَعْدَ حَلِّهِ قَاعِدًا فَأَلْقَتْهُ الرِّيحُ فَاَنْدَفَقَ ، ضَمِنَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَضْمَنُ مَا لَقَّتْهُ الرِّيحُ .

٢٣٦٦ - مسألة : وإن حَلَّ (وَكَاءَ زِقٍّ مَائِعٍ ، أَوْ جَامِدٍ فَأَذَابَتْهُ الشَّمْسُ ، أَوْ بَقِيَ بَعْدَ حَلِّهِ قَاعِدًا ، فَأَلْقَتْهُ الرِّيحُ فَاَنْدَفَقَ ، ضَمِنَهُ) إذا حَلَّ وَكَاءَ زِقٍّ مَائِعٍ فَاَنْدَفَقَ ، أَوْ كَانَ جَامِدًا ، فَذَابَ بِشَمْسٍ ، أَوْ سَقَطَ بِرِيحٍ أَوْ بَزَلْزَلَةٍ ، ضَمِنَهُ ، سَوَاءٌ خَرَجَ فِي الْحَالِ ، أَوْ قَلِيلًا قَلِيلًا^(١) ، أَوْ خَرَجَ مِنْهُ شَيْءٌ بَلَّ أَسْفَلَهُ ، فَسَقَطَ ، أَوْ ثَقُلَ أَحَدَ جَانِبَيْهِ ، فَلَمْ يَزَلْ يَمِيلُ قَلِيلًا قَلِيلًا حَتَّى سَقَطَ ،^(٢) (أَوْ سَقَطَ بَزَلْزَلَةٍ أَوْ رِيحٍ ، أَوْ كَانَ جَامِدًا فَذَابَ بِشَمْسٍ^(٣) ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِسَبَبِ فِعْلِهِ) (وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَضْمَنُ) إذا

قوله : أَوْ حَلَّ وَكَاءَ زِقٍّ مَائِعٍ أَوْ جَامِدٍ ، فَأَذَابَتْهُ الشَّمْسُ ، أَوْ بَقِيَ بَعْدَ حَلِّهِ قَاعِدًا ، فَأَلْقَتْهُ الرِّيحُ ، فَاَنْدَفَقَ ، ضَمِنَهُ . إذا حَلَّ وَكَاءَ زِقٍّ مَائِعٍ فَاَنْدَفَقَ ، ضَمِنَهُ ، بَلَا نِزَاعٍ أَعْلَمُهُ . وَإِنْ كَانَ مُتَنَصِّبًا ، فَسَقَطَ بِرِيحٍ ، أَوْ زَلْزَلَةٍ ، أَوْ طَائِرٍ ، ضَمِنَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« الْحَارِثِيِّ » ، وَنَصَرَهُ الْمُصَنِّفُ .

وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَضْمَنُ مَا أَلْقَتْهُ الرِّيحُ . وَكَذَا قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ . وَقَالَ

(١) سقط من : م .

(٢-٢) سقط من : تش ، م .

وَأِنْ رَبَطَ دَابَّةً فِي طَرِيقٍ فَاتَّلَفَتْ ، أَوْ اقْتَنَى كَلْبًا عَقُورًا فَعَقَرَ ، الْمَنْعُ
أَوْ خَرَقَ ثَوْبًا ضَمِنَ .

الشرح الكبير

سَقَطَ بِرِيحٍ أَوْ زَلْزَلَةٍ ، وَيَضْمَنُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ . وَبِهِ قَالَ أَصْحَابُ
الْشَّافِعِيِّ . وَلَهُمْ فِيمَا إِذَا ذَابَ بِالشَّمْسِ وَجْهَانِ ، قَالُوا : لِأَنَّ فِعْلَهُ غَيْرُ
مُجْعِيٍّ ، وَالْمَعْنَى الْحَادِثُ مُبَاشَرَةٌ ، فَلَمْ يَتَعَلَّقِ الضَّمَانُ بِفِعْلِهِ ، كَمَا لَوْ دَفَعَهُ
إِنْسَانٌ . وَلَنَا ، أَنَّ فِعْلَهُ سَبَبٌ تَلَفِهِ ، وَلَمْ يَتَخَلَّلْ بَيْنَهُمَا مَا يُمَكِّنُ إِحَالَةَ
الْحُكْمِ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، كَمَا لَوْ خَرَجَ عَقِيبَ فِعْلِهِ ، أَوْ مَالَ
قَلِيلًا قَلِيلًا ، وَكَأَنَّ لَوْ جَرَحَ إِنْسَانًا فَأَصَابَهُ الْحَرُّ أَوْ الْبَرْدُ فَسَرَتْ الْجَنَائِيَّةُ ،
فَإِنَّهُ يَضْمَنُ . وَأَمَّا إِذَا دَفَعَهُ إِنْسَانٌ ، فَإِنَّ الْمُتَخَلَّلَ بَيْنَهُمَا مُبَاشَرَةٌ مَنْ تُمَكِّنُ
الْإِحَالَةَ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

٢٣٦٧ - مسألة : (وَأِنْ رَبَطَ دَابَّةً فِي طَرِيقٍ فَاتَّلَفَتْ ، أَوْ اقْتَنَى كَلْبًا
عَقُورًا فَعَقَرَ ، أَوْ خَرَقَ ثَوْبًا ، ضَمِنَ) إِذَا أَوْقَفَ الدَّابَّةَ فِي طَرِيقٍ ضَيَّقَ ،

الإنصاف

الْحَارِثِيُّ : وَعَنِ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، لَا يَضْمَنُ . وَقَدَّمَهُ فِي « التَّلْخِصِ » .
وَأِنْ ذَابَ بِالشَّمْسِ وَانْدَفَقَ ، ضَمِنَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ :
وَافَقَ عَلَى ذَلِكَ الْقَاضِي ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ،
و « الْكَافِي » ، وَغَيْرُهُمَا . وَقَالَ فِي « الْفَاتَّقِ » : قَالَ الْقَاضِي : لَا يَضْمَنُ ، فَلَعَلَّ
لَهُ قَوْلَيْنِ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : عِنْدِي ، لَا فَرْقَ بَيْنَ حَرِّ الشَّمْسِ وَهُبوبِ الرِّيحِ ؛
فَإِمَّا أَنْ يَسْقُطَ الضَّمَانُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، أَوْ يَجِبُ فِيهِمَا . وَاخْتَارَ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ هُنَا
أَيْضًا . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَإِنْ حُلَّ وَعَاءٌ فِيهِ دُهْنٌ جَامِدٌ ، فَذَهَبَ بِرِيحِ الْفَتَنِ ،
أَوْ شَمْسٍ ، فَوَجْهَانِ .

قَوْلُهُ : وَأِنْ رَبَطَ دَابَّةً فِي طَرِيقٍ فَاتَّلَفَتْ ، ضَمِنَ . شَمِلَ مَسْأَلَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ،

ضَمِنَ مَا جَنَّتْ يَدُ أَوْ رِجْلُ أَوْ فَمٍ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدُّ بِوَقْفِهَا فِيهِ . وَإِنْ كَانَ الطَّرِيقُ
وَاسِعًا ، ضَمِنَ فِي إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ [٢٩٣/٤ ط]
لِأَنَّ انْتِفَاعَهُ بِالطَّرِيقِ مَشْرُوطٌ بِالسَّلَامَةِ . وَكَذَلِكَ ^(١) لَوْ تَرَكَ فِي الطَّرِيقِ
طِينًا فَزَلَقَ بِهِ إِنْسَانٌ ، ضَمِنَهُ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدِّ بِوَقْفِهَا
فِي الطَّرِيقِ الْوَاسِعِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَمَا لَوْ وَقَفَهَا فِي مَوَاتٍ . وَفَارَقَ الطَّيْنَ ؛
فَإِنَّهُ مُتَعَدِّ بِتَرْكِهِ فِي الطَّرِيقِ . وَأَمَّا الْكَلْبُ ، فَيَلْزِمُهُ ضَمَانٌ مَا أَتْلَفَ ؛ لِأَنَّهُ
تَعَدَّى بِذَلِكَ ، فَلْزِمَهُ الضَّمَانُ ، كَمَا لَوْ بَنَى فِي الطَّرِيقِ دُكَّانًا .

أَنْ يَكُونَ الطَّرِيقُ ضَيِّقًا ، فَيَضْمَنَ مَا أَتْلَفَتْ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ،
و « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ،
وغيرهم . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَابْنُ الْبَنَّا ، وَلَوْ كَانَ مَا أَتْلَفْتَهُ بِنَفْحِ رَجُلٍهَا . نَصٌّ
عَلَيْهِ . وَمَنْ ضَرَبَهَا ، فَرَفَسْتَهُ ، فَمَاتَ ، ضَمِنَهُ . ذَكَرَهُ فِي « الْفُنُونِ » . وَالْمَسْأَلَةُ
الثَّانِيَةُ ، أَنْ تَكُونَ الطَّرِيقُ وَاسِعَةً . فظَاهَرُ مَا قَطَعَ بِهِ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، أَنَّهُ يَضْمَنُ .
قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَكَذَا أَوْرَدَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، مُطْلَقًا ، وَنَصٌّ عَلَيْهِ
أَحْمَدُ . انْتَهَى . قُلْتُ : وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ؛
لِإِطْلَاقِهِمُ الضَّمَانَ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّامِنَةِ وَالْثَمَانِينَ » ، وَقَالَ : هَذَا
الْمَنْصُوصُ . وَذَكَرَ التَّنْصُوصَ فِي ذَلِكَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَضْمَنُ إِذَا لَمْ تَكُنْ فِي
يَدِهِ . ذَكَرَهَا الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » .
وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ »

(١) فِي تَشْ ، م : « وَلِذَلِكَ » .

الشرح الكبير

٢٣٦٨ - مسألة : (إلا أن يكون دخل منزله بغير إذنه) لأنه مُتَعَدُّ بالدُّخُولِ ، فقد تَسَبَّبَ إلى إتلافِ نَفْسِهِ بِجَنَائِثِهِ ، وإن دَخَلَ بِإِذْنِ المَالِكِ ، فعليه ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَسَبَّبَ إلى إتلافِهِ . فَإِنْ أَتَلَفَ الكَلْبُ بِغَيْرِ العَقْرِ ، مِثْلَ أَنْ وَلَغَ فِي إِنَاءِ إِنْسَانٍ أَوْ بَالٍ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا يَخْتَصُّ الكَلْبُ العَقُورَ . قال القاضي : وَإِنْ اقْتَنَى سِنُورًا يَأْكُلُ أَفْرَاحَ النَّاسِ ، ضَمِنَ مَا أَتَلَفَهُ ، كَالْكَلْبِ العَقُورِ ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ . فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ عَادَةٌ بِذَلِكَ ،

الأُصُولِيَّةُ » ، و « الزَّرْكَشِيُّ » . وقال القاضي في كتاب « الرُّوَايَتَيْنِ » وَغَيْرِهِ : الإِنْصَافُ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ إِذَا كَانَ وَاقِفًا لِحَاجَةٍ ، وَالطَّرِيقُ وَاسِعٌ . قال الحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْأَقْوَى نَظَرًا .

فائدة : لو تَرَكَ طَيْئًا فِي طَرِيقٍ ، فَزَلَقَ فِيهِ إِنْسَانٌ ، أَوْ خَشَبَةٌ ، أَوْ عَمُودًا ، أَوْ حَجَرًا ، أَوْ كَيْسَ دِرَاهِمٍ . نَصَّ عَلَيْهِ ، أَوْ أَسْنَدَ خَشَبَةً إِلَى حَائِطٍ ، فَتَلَفَ بِهِ شَيْءٌ ، ضَمِنَهُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَيَأْتِي فِي أَوَّلِ كِتَابِ الدِّيَّاتِ ؛ إِذَا صَبَّ مَاءً فِي طَرِيقٍ ، أَوْ بَالَتْ فِيهَا دَابَّتُهُ ، أَوْ رَمَى قَشَرَ بَطِيخٍ ، فَتَلَفَ بِهِ إِنْسَانٌ ، فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ .

قوله : أَوْ اقْتَنَى كَلْبًا عَقُورًا فَعَقَرَ ، أَوْ خَرَقَ ثَوْبًا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ دَخَلَ مَنْزِلَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . إِذَا دَخَلَ بَيْتُهُ بِإِذْنِهِ ، فَعَقَرَهُ ، أَوْ خَرَقَ ثَوْبَهُ ، أَوْ فَعَلَ ذَلِكَ خَارِجَ الْبَيْتِ ، ضَمِنَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصَّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قال الحَارِثِيُّ : يَضْمَنُ بِغَيْرِ خِلَافٍ فِي الْمَذْهَبِ ، إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ خَارِجَ الْمَنْزِلِ . وقال [٢٠١/٢ و] : إِذَا دَخَلَ بِإِذْنِهِ ، يَنْبَغِي تَقْيِيدُهُ بِمَا ، إِذَا لَمْ يُنَبِّهْهُ عَلَى الْكَلْبِ ، أَوْ عَلَى

المقنع وَقِيلَ : فِي الْكَلْبِ رَوَايَتَانِ فِي الْجُمْلَةِ .

الشرح الكبير لم يَضْمَنْ صَاحِبَهُ جِنَايَتَهُ ، كَالْكَلْبِ الَّذِي لَيْسَ بِعَقُورٍ . وَلَوْ أَنَّ الْكَلْبَ الْعَقُورَ أَوْ السُّنُورَ حَصَلَ عِنْدَ إِنْسَانٍ مِنْ غَيْرِ اقْتِنَائِهِ وَلَا اخْتِيَارِهِ فَأَفْسَدَ ، لم يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لم يَحْضُرِ الْإِتْلَافُ بِتَسْبِيهِ . فَإِنْ اقْتَنَى حَمَامًا أَوْ غَيْرَهُ مِنَ الطَّيْرِ فَأَرْسَلَهُ نَهَارًا ، فَلَقَطَ حَبًّا ، لم يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ إِرْسَالُهُ .

٢٣٦٩ - مسألة : (وَقِيلَ : فِي الْكَلْبِ رَوَايَتَانِ فِي الْجُمْلَةِ) إحداهما ، يَضْمَنْ ، سَوَاءً كَانَ فِي مَنْزِلٍ صَاحِبِهِ أَوْ خَارِجًا ، وَسَوَاءً دَخَلَ بِإِذْنِ صَاحِبِ الْمَنْزِلِ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّ اقْتِنَاءَهُ الْكَلْبَ الْعَقُورَ سَبَبٌ لِلْعَقْرِ وَأَذَى النَّاسِ ، فَضَمِنَ صَاحِبُهُ ، كَمَنْ رَبَطَ دَابَّةً فِي طَرِيقٍ ضَيِّقٍ . وَالثَّانِيَةُ ،

الإيناف كَوْنُهُ غَيْرُ مُوثِقٍ ، أَمَّا إِنْ نَبَّهَ ، فَلَا ضَمَانَ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : إِنْ عَقَرَ خَارِجَ الدَّارِ ، ضَمِنَ ، إِنْ لم يَكْفِهِ رَبُّهُ ، أَوْ يُحَذِّرُ مِنْهُ . انْتَهَى . وَعَنْهُ ، لَا يَضْمَنْ . اخْتَارَهُ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ . وَإِنْ دَخَلَ بَيْتَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، ففَعَلَ ذَلِكَ بِهِ ، لم يَضْمَنْ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَعَنْهُ ، يَضْمَنْ أَيْضًا . اخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » . نَقَلَ حَنْبَلٌ ، إِذَا كَانَ الْكَلْبُ مُوثَقًا ، لم يَضْمَنْ مَا عَقَرَ .

قوله : وَقِيلَ : فِي الْكَلْبِ رَوَايَتَانِ فِي الْجُمْلَةِ . يَعْنِي رَوَايَتَيْنِ مُطْلَقَتَيْنِ ، سَوَاءً دَخَلَ بِإِذْنٍ ، أَوْ لَا ، وَسَوَاءً كَانَ فِي مَنْزِلٍ صَاحِبِهِ ، أَوْ خَارِجًا عَنْهُ . ذَكَرَهُ الشَّارِحُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : أَوْرَدَ الْمُصَنِّفُ فِي « كِتَابَيْهِ » ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَصَاحِبُ « الْمُحَرَّرِ » ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ . وَحَكَى الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » ، فِي الضَّمَانِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ

لا يَضْمَنُ ؛ لقوله ، عليه الصَّلَاةُ والسَّلَامُ : « الْعَجَمَاءُ ^(١) جُبَارٌ ^(٢) » .
ولأنه أُلْفَ مِنْ غَيْرِ أَنْ تَكُونَ يَدُ صَاحِبِهِ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ سَائِرَ الْبَهَائِمِ .

بِإِذْنِ ، رَوَاتَيْنِ ، وهو ما حكى أَبُو الْخَطَّابِ فِي « كِتَابِيهِ » عَنْ الْقَاضِي ، وَأُورِدَهُ الْمُصَنِّفُ هُنَا . وَجَرَى عَلَى حِكَايَةِ هَذَا الْخِلَافِ جَمَاعَةٌ مِنْ أَيْمَةِ الْمَذْهَبِ ؛ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَأَبُو الْحَسَنِ ابْنُ بَكْرُوسٍ ، فِي « كُتُبِهِمُ الْخِلَافِيَّةِ » ، وَاخْتَلَفُوا ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ صَحَّحَ الضَّمَانَ ، وَهُوَ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » ، وَمِنْهُمْ مَنْ عَكَسَ ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّرِيفِ ، وَالظَّاهِرُ مِنْ كَلَامِ أَبِي الْخَطَّابِ ، وَابْنِ بَكْرُوسٍ . قَالَ : وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ . وَقِيلَ : فِي الْكَلْبِ رَوَاتَانِ . قَالَ شَيْخُنَا ابْنُ أَبِي عُمَرَ فِي « شَرْحِهِ » : سَوَاءٌ كَانَ فِي مَنْزِلٍ صَاحِبِهِ ، أَوْ خَارِجًا ، وَسَوَاءٌ دَخَلَ بِإِذْنِ صَاحِبِ الْمَنْزِلِ ، أَوْ لَا . قَالَ : وَلَيْسَ كَذَلِكَ ، فَإِنَّ كَلَامَ أَبِي الْخَطَّابِ ، الَّذِي أَخَذَ مِنْهُ الْمُصَنِّفُ ذَلِكَ ، إِنَّمَا هُوَ وَارِدٌ فِي حَالَةِ الدُّخُولِ ، وَالْإِجْمَالُ فِيهِ عَائِلٌ عَلَى الْإِذْنِ وَعَدَمِهِ . وَكَذَلِكَ أُورِدَ السَّامَرِيُّ فِي « كِتَابِهِ » ؛ فَقَالَ : إِنْ أَقْتَنَى فِي مَنْزِلِهِ كَلْبًا عَقُورًا ، فَعَقَرَهُ فِيهِ إِنْسَانًا ؛ إِنْ كَانَ دَخَلَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَا ضَمَانَ ، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ ، فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ . قَالَ : وَخَرَجَهَا الْقَاضِي عَلَى رَوَاتَيْنِ ؛ الضَّمَانَ ، وَعَدَمُهُ ، فَإِنْ عَقَرَ خَارِجَ الْمَنْزِلِ ، ضَمِنَ . ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : فَخَصَّصَ الْخِلَافَ بِحَالَةِ الْعَقْرِ دَاخِلَ الْمَنْزِلِ دُونَ خَارِجِهِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . انْتَهَى . وَهَذَا قَطَعَ بِهِ ابْنُ مُنَجِّى فِي « شَرْحِهِ » .

فَوَائِدُ ؛ الْأَوَّلَى ، إِفْسَادُ الْكَلْبِ بِمَا عَدَا الْعَقْرَ ؛ كَبُولُهُ وَوُلُوغُهُ فِي إِنْاءٍ الْغَيْرِ ، لَا يُوجِبُ ضَمَانَ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ . وَكَذَلِكَ

(١) فِي م : « جَرَحَ الْعَجَمَاءُ » .

(٢) جُبَار : أَيْ هَدْر . وَتَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي ٥٨٧/٦ .

وَإِنْ أَجَجَ نَارًا فِي مِلْكِهِ ، أَوْ سَقَى أَرْضَهُ ، فَتَعَدَّى إِلَى مِلْكٍ

٢٣٧٠ - مسألة : (وَإِنْ أَجَجَ نَارًا فِي مِلْكِهِ ، أَوْ سَقَى أَرْضَهُ ،

لَا يَضْمَنُ مَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الْعُقُورِ لَيْلًا وَنَهَارًا . قَالَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ ؛ لِتَقْيِيدِهِمُ الْكَلْبَ بِالْعُقُورِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا يُبَاحُ اقْتِنَاؤُهُ ، وَأَمَّا مَا يَحْرُمُ ، كَالْكَلْبِ الْأَسْوَدِ ، فَيَجِبُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْعُقُورِ فِي مَنَعَ الْأَقْتِنَاءِ ، وَاسْتِحْقَاقِ الْقَتْلِ . وَكَذَلِكَ مَا عَدَا كَلْبَ الصَّيْدِ وَالْحَرْثِ وَالْمَاشِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى مَا تَقَدَّمَ ، فَيَحْصُلُ الْعُدْوَانُ بِإِمْسَاكِهِ . انْتَهَى . الثَّانِيَةُ ، لَوْ اقْتَنَى أَسَدًا أَوْ نَمْرًا أَوْ ذِيئًا ، وَنَحْوَ ذَلِكَ مِنَ السَّبَاعِ الْمُتَوَحَّشَةِ ، فَكَالْكَلْبِ الْعُقُورِ فِيمَا تَقَدَّمَ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ وَأَوَّلَى ؛ لِعَدَمِ الْمَنْفَعَةِ . الثَّلَاثَةُ ، لَوْ اقْتَنَى هِرَّةً تَأْكُلُ الطُّيُورَ ، وَتَقْلِبُ الْقُدُورَ فِي الْعَادَةِ ، فَعَلَيْهِ ضَمَانٌ مَا تَلَفَهُ لَيْلًا وَنَهَارًا ، كَالْكَلْبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الْفُرُوع » ، وَ « الْفَاتِق » ، وَقَالُوا ، إِلَّا صَاحِبَ « الْفُرُوع » : قَالَ الْقَاضِي . قَالَ الْحَارِثِيُّ : ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ عَادَتِهَا ذَلِكَ ، فَلَا ضَمَانٌ . قَالَ الْأَصْحَابُ . وَلَوْ حَصَلَ عِنْدَهُ كَلْبٌ عُقُورٌ ، أَوْ سِنُورٌ ضَارٌّ مِنْ غَيْرِ اقْتِنَاءٍ وَاخْتِيَارٍ ، وَأَفْسَدَ ، لَمْ يَضْمَنْ . الرَّابِعَةُ ، يَجُوزُ قَتْلُ الْهَرِّ بِأَكْلِ لَحْمٍ ، وَنَحْوِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوع » . وَقَالَ فِي « الْفُصُولِ » : لَهُ قَتْلُهَا حِينَ أَكَلَهَا فَقَطْ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ ، وَنَصَرَهُ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : لَهُ قَتْلُهَا إِذَا لَمْ تَنْدَفِعْ إِلَّا بِهِ ، كَالصَّائِلِ .

قوله : وَإِنْ أَجَجَ نَارًا فِي مِلْكِهِ ، أَوْ سَقَى أَرْضَهُ فَتَعَدَّى إِلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ فَاتْلَفَهُ ، ضَمِنَهُ ، إِذَا كَانَ قَدْ أُسْرِفَ فِيهِ ، أَوْ فَرَطَ ، وَإِلَّا فَلَا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ فِي « الْفُرُوع » : وَالْمُرَادُ ، لَا بِطَرَيَانِ رِيحٍ . وَلِهَذَا قَالَ فِي

غَيْرِهِ فَاتَّلَفَهُ ، ضَمِنَ إِذَا كَانَ قَدْ أُسْرِفَ فِيهِ ، أَوْ فَرَطَ ، وَإِلَّا الْمَقْعَ فَلَا .

الشرح الكبير

فَتَعَدَّى إِلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ فَاتَّلَفَهُ ، ضَمِنَ إِذَا كَانَ قَدْ أُسْرِفَ فِيهِ ، أَوْ فَرَطَ ،
وَإِلَّا فَلَا (وَجُمِلَتْهُ ، أَنَّهُ إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ ، لَمْ يَضْمَنْ إِذَا كَانَ مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ
مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ ؛ لَأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ ، وَلِأَنَّهُ [٢٩٤/٤] سِرَايَةٌ فِعْلٌ مُبَاحٌ ،
فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَسِرَايَةِ الْقَوْدِ . وَفَارَقَ مَنْ حَلَّ وَكَأَنَّ زِقًا فَانْدَفَقَ ؛ لَأَنَّهُ مُتَعَدٍّ
بِحَلِّهِ ، وَلِأَنَّ الْغَالِبَ خُرُوجُ الْمَائِعِ مِنَ الزَّقِّ الْمَفْتُوحِ ، بِخِلَافِ هَذَا .
فَإِنْ كَانَ بِتَفْرِيطٍ مِنْهُ أَوْ إِسْرَافٍ ؛ بِأَنَّهُ أَجْجَعَ نَارًا تَسْرِي فِي الْعَادَةِ لِكَثْرَتِهَا ،
أَوْ فِي رِيحٍ شَدِيدَةٍ تَحْمِلُهَا ، أَوْ فَتَحَ مَاءً كَثِيرًا يَتَعَدَّى ، أَوْ فَتَحَ الْمَاءَ فِي
أَرْضٍ غَيْرِهِ ، أَوْ أَوْقَدَ فِي دَارٍ غَيْرِهِ ، ضَمِنَ مَا تَلَفَ بِهِ وَإِنْ سَرَى إِلَى غَيْرِ
الدَّارِ الَّتِي أَوْقَدَ فِيهَا ، وَالْأَرْضِ الَّتِي فَتَحَ الْمَاءَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ سِرَايَةٌ عُذْوَانٍ ،
أَشْبَهَ سِرَايَةَ الْجُرْحِ الَّتِي تَعَدَّى بِهِ . وَكَذَلِكَ ^(١) إِنْ يَسَسَتِ النَّارُ أَغْصَانًا
شَجَرَةً غَيْرَهُ ، يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْ نَارٍ كَثِيرَةٍ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ
الْأَغْصَانُ فِي هَوَائِهِ ، فَلَا يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ دُخُولَهَا إِلَيْهِ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ ، فَلَا يُنَمَّعُ
مِنَ التَّصَرُّفِ فِي دَارِهِ ؛ لِحُرْمَتِهَا . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ كَمَا ذَكَرْنَا فِي هَذَا
الفصل .

« عُيُونُ الْمَسَائِلِ » : لَوْ أَجْجَعَهَا عَلَى سَطْحِ دَارٍ ، فَهَبَّتِ الرِّيحُ ، فَأَطَارَتِ الشَّرَرَ ،
لَمْ يَضْمَنْ ؛ لَأَنَّهُ فِي مِلْكِهِ ، وَلَمْ يُفَرِّطْ ، وَهُبُوبُ الرِّيحِ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ ، بِخِلَافِ

الإنصاف

(١) فِي م : « وَلِذَلِكَ » .

فصل : وإن أَلْقَتِ الرِّيحُ إلى دارِهِ ثَوْبَ غَيْرِهِ ، لَزِمَهُ حِفْظُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ حَصَلَتْ تَحْتَ يَدِهِ ، أَشْبَهَتْ اللَّقْطَةَ . فَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ صَاحِبَهُ ، فَهُوَ لَقْطَةٌ يَثْبُتُ فِيهَا أَحْكَامُهَا . وَإِنْ عَرَفَ صَاحِبَهُ ، لَزِمَهُ إِعْلَامُهُ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمْسَكَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ ، فَهُوَ كَالْغَاصِبِ . وَإِنْ سَقَطَ طَائِرٌ فِي دَارِهِ ، لَمْ يَلْزِمَهُ حِفْظُهُ ، وَلَا إِعْلَامُ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَحْفُوظٌ بِنَفْسِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَيْرَ مُمْتَنِعٍ ، فَهُوَ كَالثَّوْبِ . وَإِنْ دَخَلَ بُرْجُهُ ، فَأَغْلَقَ عَلَيْهِ الْبَابَ نَاقِيًا لِمَسَاكِهِ لِنَفْسِهِ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمْسَكَ مَالَ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ ، فَهُوَ كَالْغَاصِبِ ، وَإِلَّا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي بُرْجِهِ كَيْفَ شَاءَ ، فَلَا يَضْمَنُ مَالَ غَيْرِهِ بِتَلْفِهِ ضِمْنًا ^(١) ، لِتَصَرُّفِهِ الَّذِي لَمْ يَتَعَدَّ فِيهِ .

مَا لَوْ أَوْقَفَ دَابَّتَهُ فِي طَرِيقٍ فَبَالَتْ ، أَوْ رَمَى فِيهَا قَشَرَ بَطِيخٍ ؛ لِأَنَّهُ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ ، فَهُوَ مُفَرَّطٌ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَظَاهِرُهُ ، لَا يَضْمَنُ فِي الْأَوَّلَى مُطْلَقًا . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » ، بَعْدَ ذِكْرِ الْمَسْأَلَةِ : قُلْتُ : وَإِنْ كَانَ الْمَكَانُ مَعْصُوبًا ، ضَمِنَ مُطْلَقًا . يَعْنِي ، سَوَاءً فَرَطَ أَوْ أَسْرَفَ ، أَوْ لَا ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلسُّطْحِ سُتْرَةٌ وَبُقُرْبِهِ زَرْعٌ ، وَنَحْوُهُ ، وَالرِّيحُ هَابَّةٌ ، أَوْ أُرْسِلَ فِي الْمَاءِ مَا يَغْلِبُ وَيَفِيضُ ، ضَمِنَ . وَقِيلَ : مَنْ أَجَّجَ نَارًا فِي مِلْكٍ بِيَدِهِ لَهُ أَوْ لغيرِهِ [٢٠١/٢ ظ] بِإِجَارَةٍ أَوْ إِعَارَةٍ ، وَأَسْرَفَ ، ضَمِنَ ، وَإِلَّا فَلَا ، وَإِنْ مُنِعَ مِنْ ذَلِكَ لِأَذَى جَارِهِ ، ضَمِنَ ، وَإِنْ لَمْ يُسْرِفْ . انْتَهَى .

فائدة : قَالَ الْحَارِثِيُّ : قَوْلُهُ : أَسْرَفَ فِيهِ أَوْ فَرَطَ . يُعْنِي الْاِقْتِصَارُ عَلَى لَفْظِ « التَّفْرِيطِ » ؛ لِذُخُولِ الْإِسْرَافِ فِيهِ . انْتَهَى . قُلْتُ : الَّذِي يَظْهَرُ ، أَنَّ الْأَمْرَ لَيْسَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « ضَمَانًا » .

وَأِنْ حَفَرَ فِي فَنَائِهِ بِئْرًا لِنَفْسِهِ ، ضَمِنَ مَا تَلَفَ بِهَا .
المقنع

٢٣٧١ - مسألة : (وَإِنْ حَفَرَ فِي فَنَائِهِ بِئْرًا لِنَفْسِهِ ، ضَمِنَ مَا تَلَفَ بِهَا) الْفَنَاءُ مَا كَانَ خَارِجَ الدَّارِ قَرِيبًا مِنْهَا . إِذَا حَفَرَ فِي الطَّرِيقِ بِئْرًا لِنَفْسِهِ ، ضَمِنَ مَا تَلَفَ بِهَا ، سَوَاءً حَفَرَهَا بِإِذْنِ الْإِمَامِ أَوْ بغيرِ إِذْنِهِ ، وَسَوَاءً كَانَ فِيهَا ضَرَرٌ أَوْ لَا . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ حَفَرَهَا بِإِذْنِ الْإِمَامِ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَأْذَنَ فِي الْإِتِّفَاعِ بِمَا لَا ضَرَرَ [٢٩٤/٤ ط] فِيهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَأْذَنَ فِي الْقُعُودِ^(١) فِيهِ ، وَيُقْطَعُ لِمَنْ يَبِيعُ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَلَفَ بِحَفْرِ حُفْرَةٍ فِي مَكَانٍ مُشْتَرَكٍ بغيرِ إِذْنِ أَهْلِهِ لغيرِ مَصْلَحَتِهِمْ ،

كذلك ، وَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْفَكُ عَنِ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ الْإِسْرَافَ مُجَاوِزَةَ الْحَدِّ عَمْدًا عُذْوَانًا . وَأَمَّا التَّفْرِيطُ فَهُوَ التَّقْصِيرُ فِي الْمَأْمُورِ . وَلِذَلِكَ قَالَ بَعْضُ الْمُحَقِّقِينَ مِنَ الْأَصْحَابِ : فَرَطٌ أَوْ أَفْرَطٌ .

قوله : وَإِنْ حَفَرَ فِي فَنَائِهِ بِئْرًا لِنَفْسِهِ ، ضَمِنَ مَا تَلَفَ بِهَا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، بِلَا رَيْبٍ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَجُوزَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ حَفْرَ بئْرٍ لِنَفْسِهِ فِي فَنَائِهِ بِإِذْنِ الْإِمَامِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : نَقَلْتُهُ مِنْ خَطِّهِ ، فِي مَسْأَلَةٍ حَدَّثَتْ فِي زَمَانِهِ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّامِنَةِ وَالثَّمَانِينَ » : « فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » ، لَهُ التَّصَرُّفُ فِي فَنَائِهِ بِمَا شَاءَ مِنْ حَفْرِ وَغَيْرِهِ ، إِذَا لَمْ يَضُرَّ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَمَنْ لَمْ يَسُدَّ بئْرَهُ سَدًّا يَمْنَعُ مِنَ الضَّرَرِ ، ضَمِنَ مَا تَلَفَ بِهَا . وَيَأْتِي ذَلِكَ أَيْضًا فِي أَوَّلِ كِتَابِ الدِّيَاتِ .

فائدة : لَوْ حَفَرَ الْحُرُّ بِئْرًا بِأَجْرَةٍ ، أَوْ لَا ، وَثَبَتَ عَلَيْهِ أَنَّهَا فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ ، نَصٌّ

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : « الْعُقُودِ » .

المقنع
وَأَنْ حَفَرَهَا فِي سَابِلَةٍ ؛ لِنَفْعِ الْمُسْلِمِينَ ، لَمْ يَضْمَنْ ، فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير
فَضَمِنْ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ الْإِمَامُ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ لِلْإِمَامِ الْإِذْنَ فِي هَذَا .
وَأَمَّا جَازَ الْإِذْنُ فِي الْقُعُودِ ^(١) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدُومُ ، وَيُمْكِنُ إِزَالَتُهُ فِي الْحَالِ ،
أَشْبَهَ الْقُعُودَ فِي الْمَسْجِدِ ، وَلِأَنَّ ^(٢) الْقُعُودَ جَائِزٌ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ ،
بِخِلَافِ الْحَفْرِ .

٢٣٧٢ - مسألة : (وَأَنْ حَفَرَهَا فِي سَابِلَةٍ ؛ لِنَفْعِ الْمُسْلِمِينَ ، لَمْ يَضْمَنْ ، فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ) مِثْلَ أَنْ يَحْفَرَهَا لِيَنْزَلَ فِيهَا مَاءُ الْمَطَرِ ، أَوْ لِيَشْرَبَ مِنْهُ الْمَارَّةُ ، وَنَحْوِ هَذَا ، فَلَا يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ مُحْسِنٌ بِفِعْلِهِ غَيْرُ مُتَعَدٍّ ، أَشْبَهَ بِأَسْطِ الْحَصِيرِ فِي الْمَسْجِدِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : لَا يَضْمَنْ إِذَا

الإتصاف
عَلَيْهِ ، ضَمِنْ الْحَافِرُ . قَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُهُمْ مِنْ الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : وَنَضُّهُ ، هُمَا . وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ : هُوَ مُقْتَضَى إِبْرَادِ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، يَعْنِي ، أَنَّهُمَا ضَامِنَانِ ، وَإِنْ جَهِلَ ، ضَمِنْ الْأَمْرُ . وَقِيلَ : الْحَافِرُ ، وَيَرْجِعُ عَلَى الْأَمْرِ .

قوله : وَأَنْ حَفَرَهَا فِي سَابِلَةٍ ؛ لِنَفْعِ الْمُسْلِمِينَ ، لَمْ يَضْمَنْ فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ .
يعني ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ بِهَذَا الشَّرْطِ . قَالَ فِي « الْوَجِيزِ »
وغيره : إِنْ كَانَتِ السَّابِلَةُ وَاسِعَةً . وَهُوَ قَيْدٌ حَسَنٌ ، كَمَا يَأْتِي . جَزَمَ بِهِ ابْنُ أَبِي

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْقُعُودُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « وَلَيْسَ » .

كان بإذن الإمام ، وإن كان بغير إذنه ، لم يضمن في إحدى الروايتين ، فإن أحمد قال في رواية إسحاق بن إبراهيم : إذا أخذت بثراً الماء المطر ، ففيه^(١) نفع للمسلمين ، أرجو أن لا يضمن . والثانية ، يضمن . أو ما إليه أحمد ؛ لأنه افتات على الإمام . ولم يذكر القاضي سوى هذه الرواية . والصحيح الأول ؛ لأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ، ويشق استئذان الإمام فيه ، وتعم البلوى به ، ففي وجوب الاستئذان فيه تفويت لهذه المصلحة العامة ؛ لأنه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة الاستئذان والحفر معاً ، فتضيع هذه المصلحة ، فوجب سقوط الاستئذان ، كما في سائر المصالح العامة ؛ من بسط حصير في المسجد ، أو وضع سراج ، أو رم شعث ، وأشباه ذلك . وحكم البناء في الطريق حكم الحفر فيها ، على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف ، وهو أنه متى بنى بناء يضر ؛ لكونه في طريق ضيق ،

موسى ، والقاضي في « الجامع الصغير » ، وأبو الفرج الشيرازي ، وصاحب الإنصاف « الوجيز » ، وغيرهم . قال في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « الخلاصة » : لم يضمن في أصح الروايتين . وصححه المصنف ، والشارح أيضاً ، والتأظم . وقدمه في « الفروع » ، و « الفائق » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « المحرر » . وعنه ، يضمن . ولم يذكر القاضي غير هذه الرواية . قال الحارثي : وهذا له قوة ، وإن كان المصنف ، وأبو الخطاب صححا غيره . وعنه ، لا يضمن إن كان بإذن الإمام ، وإلا ضمن . قال المصنف ، والشارح : قال بعض أصحابنا : لا يضمن إذا كان بإذن الإمام . قال

(١) في م : فيه .

أو واسعٍ إلا أنه يضُرُّ بالمارَّة ، أو بنى^(١) لنفسه ، ضَمِنَ ما تَلَفَ به ، وسواءٌ في ذلك كله إذْنُ الإمامِ وعَدَمُ الإذْنِ . قال شيخنا^(٢) : ويَحْتَمِلُ أن يُعْتَبَرَ إذْنُ الإمامِ في البناءِ لِنَفْعِ المُسْلِمِينَ دُونَ الحَفْرِ ؛ لِأَنَّ الحَفَرَ تَدْعُو الحَاجَةُ إِلَيْهِ لِنَفْعِ الطَّرِيقِ ، وإِضْلَاحِهَا ، وإِزَالَةِ الطِّينِ والماءِ مِنْهَا ، بِخِلَافِ البناءِ ، فَجَرَى حَفَرُهَا مَجْرَى تَنْقِيتِهَا ، وَحَفَرَ هِدْفَةً^(٣) مِنْهَا ، وَقَلَعَ حَجَرَ يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ ، [٢٩٠/٤] وَوَضَعَ الحَصَى فِي حُفْرَةٍ فِيهَا^(٤) لِيَمْلَأَهَا وَيُسَهِّلَهَا^(٥) بِإِزَالَةِ الطِّينِ وَنَحْوِهِ مِنْهَا ، وَتَسْقِيفِ سَاقِيَةٍ فِيهَا ، وَوَضَعَ حَجَرَ فِي^(٥) طِينٍ فِيهَا^(٥) لِيَطَأَ النَّاسُ عَلَيْهِ ، فَهَذَا كُلُّهُ مُبَاحٌ ، لَا يَضْمَنُ مَا

الشرح الكبير

الحارثيُّ : وهذه طريقةُ القاضي في « المُجَرَّدِ » ، وكتاب « الرُّوَايَتَيْنِ » ، وابنِ عَقِيلٍ ، والسَّامَرِيُّ ، وصاحب « التَّلْخِصِ » ، وغيرِهِمْ . انتهى . وهى طريقةُ صاحب « المُحَرَّرِ » أيضًا . وقال بعضُ الأصحابِ : يَتَّبَعِي أَنْ يَتَّقِدَ سَقُوطُ الضَّمَانِ عَنْهُ فِيمَا إِذَا حَفَرَهَا فِي مَوْضِعٍ مَائِلٍ عَنِ الْقَارِعَةِ ، بِشَرَطِ أَنْ يُجْعَلَ عَلَيْهِ حَاجِزًا يُعْلَمُ بِهِ ؛ لِيُتَوَقَّى .

الإنصاف

تَنْبِيْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَحَلُّ الخِلَافِ ، إِذَا كَانَتِ السَّابِلَةُ وَاسِعَةً ، فَإِنْ كَانَتْ ضَيِّقَةً ، ضَمِنَ ، بِلَا نِزَاعٍ . قَالَ الحَارِثِيُّ : لَوْ حَفَرَ فِي سَابِلَةٍ ضَيِّقَةٍ ، وَجَبَ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ فِيهِ ، وَلَيْسَ بِدَاخِلٍ فِيمَا أَوْرَدَهُ الْمُصَنِّفُ مِنْ

(١) في م : « بناه » .

(٢) في : المغنى ٩١/١٢ .

(٣) الهدفة : القطعة .

(٤ - ٤) في تش : « ويملاها ليسهلها » ، وفي م : « ليسهلها ويملكها » .

(٥ - ٥) في الأصل : « طينها » .

الشرح الكبير

تَلَفَ به . لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا . وكذلك يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي بِنَاءِ الْقَنَاطِرِ .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْتَبَرَ إِذْنُ الْإِمَامِ فِيهَا ؛ لِأَنَّ مَصْلَحَتَهُ لَا تَعْمُ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ .
قال بعضُ أَصْحَابِنَا فِي حَفْرِ الْبُيْرِ : يَنْبَغِي أَنْ يَتَّقِيْدَ سُقُوطُ الضَّمَانِ إِذَا حَفَرَهَا
فِي مَكَانٍ مَائِلٍ عَنِ الْقَارِعَةِ ، وَجَعَلَ عَلَيْهِ حَاجِزًا يُعْلَمُ بِهِ لِيَتَوَقَّى .

الإصناف

الْخِلَافِ ، وَإِنْ ظَاهِرَ الْإِيرَادِ يَشْمَلُهُ ، وَمَحَلُّ الْخِلَافِ أَيْضًا ، إِذَا حَفَرَ فِي غَيْرِ مَكَانٍ
يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ . فَأَمَّا إِنْ حَفَرَ فِي طَرِيقٍ وَاسِعٍ ، فِي مَكَانٍ مِنْهُ يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ
كَانَ الطَّرِيقُ نَفْسُهُ ضَيِّقًا . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِهِ لِمَصْلَحَةٍ عَامَّةٍ ، أَوْ خَاصَّةٍ ، بِإِذْنِ
الْإِمَامِ أَوْ غَيْرِهِ . الثَّانِي ، مَفْهُومُ قَوْلِهِ : لِنَفْعِ الْمُسْلِمِينَ . أَنَّهُ لَوْ حَفَرَ لِنَفْعِ نَفْسِهِ ،
أَنَّهُ يَضْمَنُ . وَهُوَ كَذَلِكَ ، أَذِنَ فِيهِ الْإِمَامُ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ .

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ حَفَرَهَا فِي مَوَاتٍ ؛ لِلتَّمْلِكِ ، أَوْ الِارْتِفَاقِ بِهَا ، أَوْ
الِانْتِفَاعِ الْعَامِّ ، فَلَا ضَمَانَ ، نَصَّ عَلَيْهِ . وَقَطَعَ بِهِ الْحَارِثِيُّ ، وَالْمُصَنِّفُ ،
وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ ، ذَكَرَاهُ فِي كِتَابِ الدِّيَّاتِ . الثَّانِيَةُ ، حُكْمُ مَا لَوْ بَنَى فِيهَا
مَسْجِدًا أَوْ غَيْرَهُ ، كَالْحَائِنِ ، وَنَحْوِهِ ، لِنَفْعِ الْمُسْلِمِينَ حُكْمُ حَفْرِ الْبُيْرِ فِي سَابِلَةٍ
لِنَفْعِ الْمُسْلِمِينَ . نَقَلَ إِسْمَاعِيلُ بْنُ سَعِيدٍ ، فِي الْمَسْجِدِ ، لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا لَمْ يَضُرَّ
بِالطَّرِيقِ . وَنَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ ، أَكْرَهُ الصَّلَاةَ فِيهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِإِذْنِ إِمَامٍ . وَنَقَلَ
الْمَرْوُذِيُّ ، حُكْمُ هَذِهِ الْمَسَاجِدِ الَّتِي بُنِيَتْ فِي الطَّرِيقِ ، تُهْدَمُ . وَسَأَلَهُ مُحَمَّدُ بْنُ
يَحْيَى الْكَحَّالُ : يَزِيدُ فِي الْمَسْجِدِ مِنَ الطَّرِيقِ ؟ قَالَ : لَا يُصَلَّى فِيهِ . وَنَقَلَ
حَنْبَلٌ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الْمَسَاجِدِ عَلَى الْأَنْهَارِ ؟ قَالَ : أَخْشَى أَنْ يَكُونَ مِنَ الطَّرِيقِ .
وَسَأَلَهُ ابْنُ إِبْرَاهِيمَ ، عَنْ سَابِاطٍ فَوْقَ مَسْجِدٍ ، أَيُصَلَّى فِيهِ ؟ قَالَ : لَا يُصَلَّى فِيهِ ،
إِذَا كَانَ مِنَ الطَّرِيقِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : الْأَكْثَرُ مِنَ الْأَصْحَابِ قَالُوا : إِنْ كَانَ

فصل : وإن حَفَرَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، أَوْ فِي طَرِيقٍ يَنْصَرُّ بِهِ ، ثُمَّ أُعْتِقَ ، ثُمَّ تَلَفَ بِهَا شَيْءٌ ، ضَمِنَهُ الْعَبْدُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الضَّمَانُ عَلَى السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ بِالْحَفْرِ ^(١) فِي حَالِ رِقِّهِ ، وَكَانَ ضَمَانُ جِنَايَتِهِ حِينَئِذٍ عَلَى سَيِّدِهِ ، وَلَا يَزُولُ ذَلِكَ بِعَتَقِهِ ، كَمَا لَوْ جَرَحَ فِي حَالِ رِقِّهِ ثُمَّ سَرَى جُرْحُهُ بَعْدَ عَتَقِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّلَفَ الْمُوجِبَ لِلضَّمَانِ وَجَدَ بَعْدَ الْعِتْقِ ، فَكَانَ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى سَيْفًا فِي حَالِ

بِإِذْنِ الْإِمَامِ ، جَازَ ، وَإِلَّا فِرَوَاتَانِ ، مَا لَمْ يَضُرَّ بِالْمَارَّةِ . وَمِنْهُمْ مَنْ أَطْلَقَ الرَّوَاتِينَ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْتَبَرَ إِذْنُ الْإِمَامِ فِي الْبِنَاءِ لِنَفْعِ الْمُسْلِمِينَ دُونَ الْحَفْرِ ؛ لِدَعْوَى [٢٠٢/٢ وَ] الْحَاجَةِ إِلَى الْحَفْرِ لِنَفْعِ الطَّرِيقِ وَإِصْلَاحِهَا ، وَإِزَالَةِ الطِّينِ وَالْمَاءِ مِنْهَا ، فَهُوَ كَتَنْفِيقِهَا ، وَحَفْرِ هَذَفَةٍ فِيهَا ، وَقَلْعِ حَجَرٍ يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ ، وَوَضْعِ الْحَصَى فِي حُفْرَةٍ ؛ لِيَمْلَأَهَا ، وَتَسْقِيفِ سَاقِيَةٍ فِيهَا ، وَوَضْعِ حَجَرٍ فِي طِينٍ فِيهَا ؛ لِيَطَأَ النَّاسُ عَلَيْهِ . فَهَذَا كُلُّهُ مُبَاحٌ ، لَا يَضْمَنُ مَا تَلَفَ بِهِ ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . قَالَا : وَكَذَلِكَ يُتَّبَعُ أَنْ يَكُونَ فِي بِنَاءِ الْقَنَاظِرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْتَبَرَ إِذْنُ الْإِمَامِ فِيهَا ؛ لِأَنَّ مَصْلَحَتَهُ لَا تَعُمُّ . انْتَهَى كَلَامُهُمَا . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : حُكْمُ مَا بُنِيَ وَقَفًا عَلَى الْمَسْجِدِ فِي هَذِهِ الْأَمْكِنَةِ ، حُكْمُ بِنَاءِ الْمَسْجِدِ .
فَإِذَا تَنَاقَرَا ؛ إِخْدَاهُمَا ، لَوْ فَعَلَ الْعَبْدُ ذَلِكَ بِأَمْرِ سَيِّدِهِ ، كَانَ كَفِعْلِ نَفْسِهِ ؛ أَعْتَقَهُ ، أَوْ لَا . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرُهُمْ مِنْ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : إِنْ كَانَ مَمَّنْ يَجْهَلُ الْحَالَ ، فَلَا إِشْكَالَ فِي إِطْلَاقِ الْأَصْحَابِ ، وَإِنْ كَانَ مَمَّنْ يَعْلَمُهُ ، فَفِيهِ مَا فِي مَسْأَلَةِ الْقَتْلِ بِأَمْرِ السَّيِّدِ ، إِنْ عَلِمَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْحَفْرِ » .

وَإِنْ بَسَطَ فِي مَسْجِدٍ حَصِيرًا ، أَوْ عَلَّقَ فِيهِ قَنْدِيلًا ، لَمْ يَضْمَنْ الْمَقْنَعُ مَا تَلَفَ بِهِ .

الشرح الكبير

رِقَّةٌ ثُمَّ قَتَلَ بِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ . وَفَارَقَ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْإِتْلَافَ الْمَوْجِبَ لِلضَّمَانِ وَجَدَ حَالِ رِقَّةٍ ، وَهَهُنَا حَصَلَ بَعْدَ عِتْقِهِ . وَكَذَلِكَ الْقَوْلُ فِي نَصَبِ حَجَرٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الْأَسْبَابِ الَّتِي يَجِبُ بِهَا الضَّمَانُ .

٢٣٧٣ - مسألة : (وَإِنْ بَسَطَ فِي مَسْجِدٍ حَصِيرًا ، أَوْ عَلَّقَ فِيهِ قَنْدِيلًا) أَوْ سَقَفَهُ ، أَوْ نَصَبَ عَلَيْهِ بَابًا ، أَوْ جَعَلَ فِيهِ رَفًّا لِيَنْتَفِعَ بِهِ النَّاسُ ، فَتَلَفَ بِهِ شَيْءٌ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ فَعَلَ شَيْئًا

الْإِنْصَافُ الْحُرْمَةُ ، وَفِيهَا رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الْقَوْدُ عَلَى السَّيِّدِ فَقَطْ . وَالْأُخْرَى ، عَلَى الْعَبْدِ . فَيَتَعَلَّقُ الضَّمَانُ هُنَا بِرَقَبَتِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَأْمُرِ السَّيِّدُ . وَإِنْ حَفَرَ بِغَيْرِ أَمْرِ السَّيِّدِ ، تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِرَقَبَتِهِ ، ثُمَّ إِنْ أَعْتَقَهُ ، فَمَا تَلَفَ بَعْدَ عِتْقِهِ ، فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْأَصَحُّ . وَقَالَ صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » وَغَيْرُهُ : الضَّمَانُ عَلَى الْمُعْتَقِ بِقَدْرِ قِيمَةِ الْعَبْدِ ، فَمَا دُونَهُ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ أَمَرَهُ السُّلْطَانُ بِفَعْلٍ ذَلِكَ ، ضَمِنَ السُّلْطَانُ وَحْدَهُ .

قوله : وَإِنْ بَسَطَ فِي مَسْجِدٍ حَصِيرًا ، أَوْ عَلَّقَ فِيهِ قَنْدِيلًا ، لَمْ يَضْمَنْ مَا تَلَفَ بِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : اخْتَارَهُ الْأَكْثَرُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا مَا حَكَى الْمُصَنِّفُ ، وَالْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالشَّرِيفَانِ ؛ أَبُو جَعْفَرٍ وَأَبُو الْقَاسِمِ الزَّيْدِيُّ ، وَالسَّامُرِيُّ ، فِي آخِرِينَ ، عَنِ الْمَذْهَبِ . انْتَهَى . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَاتِي » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : يَضْمَنْ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَهُوَ تَخْرِيجٌ لِأَبِي

الشرح الكبير
 مِنْ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ ، ضَمِنَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ :
 يَضْمَنُ إِذَا لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ الْجِيرَانُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا فِعْلٌ أَحْسَنَ بِهِ وَلَمْ يَتَعَدَّ فِيهِ ،
 فَلَمْ يَضْمَنْ مَا تَلَفَ بِهِ ، كَمَا لَوْ أْذِنَ فِيهِ الْإِمَامُ وَالْجِيرَانُ ، وَلِأَنَّهُ فِعْلٌ مَا يَنْتَفِعُ
 بِهِ الْمُسْلِمُونَ غَالِبًا ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَمَنْ مَهَّدَ الطَّرِيقَ ، وَلِأَنَّ هَذَا مَا ذُوْنُ
 فِيهِ عُرْفًا ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِالتَّبَرُّعِ بِهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِثْنَانٍ ، فَلَمْ يَضْمَنْ
 فَاعِلُهُ ، كَلَمَّا ذُوْنُ فِيهِ نُطْقًا .

الإنصاف
 الْخَطَّابُ فِي « الْهِدَايَةِ » مِنَ التِّي قَبْلَهَا ؛ وَهِيَ حَفَرُ الْبَيْتِ . وَكَذَلِكَ خَرَّجَهُ أَبُو
 الْحَسَنِ ابْنُ بَكْرٍ وَسِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْحَفَرَ عُذْوَانٌ لِإِبْطَالِ حَقِّ
 الْمُرُورِ ، وَلَا كَذَلِكَ مَا نَحْنُ فِيهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَكِتَابِ
 « الرُّوَايَتَيْنِ » ، إِنَّ أْذْنَ الْإِمَامِ ^(١) ، فَلَا ضَمَانَ ، وَإِلَّا فَعَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى الْبَيْتِ .
 وَتَبِعَهُ عَلَى ذَلِكَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، مَعَ أَنَّهُمَا قَالَا : قَالَ أَصْحَابُنَا ، فِي
 بَوَارِي الْمَسْجِدِ : لَا ضَمَانَ عَلَى فَاعِلِهِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ، بِإِذْنِ الْإِمَامِ أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ ؛
 لِأَنَّ هَذَا مِنْ تَمَامِ مَصْلَحَتِهِ .

فائدة : لو نصب فيه بابًا ، أو عمودًا ، أو سقفه ، أو جعل فيه رفاً ؛ لينتفع به
 الناس ، أو بنى جدارًا ، أو أوقد مضباحًا ، فلا ضمان عليه ^(٢) .

(١) سقط من : الأصل ، ط .

(٢) بعده في الأصول : « قال أصحابنا ، في بوارى المسجد : لا ضمان على فاعله ، وجهًا واحدًا ، سواء كان
 بإذن الإمام أو بغير إذن » وهي مكررة .

وَأَنْ جَلَسَ فِي [١٤٢] مَسْجِدٍ أَوْ طَرِيقٍ وَاسِعٍ ، فَعَثَرَ بِهِ الْمَنَعَ حَيَوَانٌ ، لَمْ يَضْمَنْ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

٢٣٧٤ - مسألة : (وَأَنْ جَلَسَ فِي مَسْجِدٍ أَوْ طَرِيقٍ وَاسِعٍ ، فَعَثَرَ بِهِ حَيَوَانٌ) فَتَلَفَ ، [٢٩٥/٤ ظ] (لَمْ يَضْمَنْ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ) لِأَنَّهُ جَلَسَ فِي مَكَانٍ لَهُ الْجُلُوسُ فِيهِ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ عَلَى أَحَدٍ . وَفِي الْآخِرِ ، يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ الطَّرِيقَ إِنَّمَا جُعِلَ لِلْمُرُورِ فِيهَا لَا الْجُلُوسِ ، وَالْمَسْجِدُ لِلصَّلَاةِ وَذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ فِعْلًا مُبَاحًا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الطَّرِيقَ إِنَّمَا

قوله : وَأَنْ جَلَسَ فِي مَسْجِدٍ ، أَوْ طَرِيقٍ وَاسِعٍ ، فَعَثَرَ بِهِ حَيَوَانٌ ، لَمْ يَضْمَنْ فِي الْإِنصَافِ أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْأَصَحُّ ، لَا يَضْمَنْ . قَالَ الشَّارِحُ : وَهُوَ أَوْلَى . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » ، فِيمَا إِذَا جَلَسَ فِي طَرِيقٍ وَاسِعٍ : لَمْ يَضْمَنْ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَضْمَنْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » ، فِي الْجَالِسِ فِي الطَّرِيقِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « التَّلْخِيسِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » .

تنبيه : قَالَ الْحَارِثِيُّ : أَوْرَدَ الْمُصَنِّفُ الْوَجْهَيْنِ فِي الْمَثْنِ ؛ أَخْذًا مِنْ إِبْرَادِ أَبِي الْخَطَّابِ . قَالَ : وَلَمْ أَرَهُمَا لِأَحَدٍ قَبْلَهُ . وَأَصْلُ ذَلِكَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، مَا مَرَّ مِنَ الرَّوَابِيتَيْنِ ، فِي رَبْطِ الدَّائِبَةِ بِالطَّرِيقِ . وَمَحَلُّهُ مَا لَمْ يَكُنِ الْجُلُوسُ مُبَاحًا ، كَالْجُلُوسِ فِي الْمَسْجِدِ مَعَ الْجَنَابَةِ وَالْحَيْضِ ، أَوْ لِلْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ . أَمَّا مَا هُوَ مَطْلُوبٌ ؛ كَالْإِعْتِكَافِ ، وَانْتِظَارِ الصَّلَاةِ ، وَالْجُلُوسِ لِتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَالسُّنَّةِ ، فَلَا يَتَأَتَّى الْخِلَافُ فِيهِ بِوَجْهِ . وَكَذَا مَا هُوَ مُبَاحٌ مِنَ الْجُلُوسِ فِيهِ ، وَفِي

جُعِلَتْ لِلْمُرُورِ . مَمْنُوعٌ ، فَإِنَّ الطَّرِيقَ الْوَاسِعَ يُجْلَسُ فِيهِ عَادَةً ، وَكَذَلِكَ الْمَسْجِدُ جُعِلَ لِلصَّلَاةِ وَانْتِظَارِهَا وَالْاِعْتِكَافِ فِيهِ فِي جَمِيعِ الْأَوْقَاتِ ، وَبَعْضُهَا لَا تُبَاحُ الصَّلَاةُ فِيهِ ، وَلَآنَ انْتِظَارَ الصَّلَاةِ وَالْاِعْتِكَافِ قُرْبَةً ، فَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ الضَّمَانُ ، كَالصَّلَاةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الشرح الكبير

جَوَانِبِ الطَّرِيقِ الْوَاسِعَةِ ؛ كَبَيْعِ مَاكُولٍ ، وَنَحْوِهِ ، لَامْتِنَاعِ الْخِلَافِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ جَلَسَ فِيهَا يَسْتَحِقُّهُ بِالْاِخْتِصَاصِ ، فَهُوَ كَالْجُلُوسِ فِي مَلِكِهِ ، مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ . وَقَدْ حَكَى الْقَاضِي الْجَزَمُ بِنَفْيِ الضَّمَانِ فِي الْمَسْأَلَةِ ، فِي الطَّرِيقِ الْوَاسِعِ . وَهَذَا التَّقْيِيدُ حَكَاهُ بَعْضُ شُيُوخِنَا فِي كُتُبِهِ عَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ ، وَلَا بُدَّ مِنْهُ ، لَكِنَّهُ يَقْتَضِي اِخْتِصَاصَ الْخِلَافِ بِالْمَسْجِدِ دُونَ الطَّرِيقِ ؛ لِأَنَّ الْجُلُوسَ بِالطَّرِيقِ الْوَاسِعَةِ ؛ إِمَّا مُبَاحٌ ، كَمَا ذَكَرْنَا ، فَلَا ضَمَانَ بِحَالٍ . وَإِمَّا غَيْرُ مُبَاحٍ ، كَالْجُلُوسِ وَسَطَ الْجَادَةِ ، فَالضَّمَانُ وَاجِبٌ ، وَلَا بُدَّ . انْتَهَى كَلَامُ الْحَارِثِيِّ .

الإنصاف

فائدة : حُكْمُ الاِضْطِجَاعِ فِي الْمَسْجِدِ ، وَالطَّرِيقِ الْوَاسِعَةِ ، حُكْمُ الْجُلُوسِ فِيهِمَا ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . وَأَمَّا الْقِيَامُ ، فَلَا ضَمَانَ بِهِ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَرَافِقِ الطَّرِيقِ ، كَالْمُرُورِ .

تنبيه : مَفْهُومُ كَلَامِهِ ، أَنَّهُ لَوْ جَلَسَ فِي طَرِيقٍ ضَيِّقَةٍ ، أَنَّهُ يَضْمَنُ . وَهُوَ كَذَلِكَ ، وَيَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي أَوَائِلِ كِتَابِ الدِّيَاتِ ، فِي مَسْأَلَةِ الاِضْطِجَاعِ .

وَأِنْ أَخْرَجَ جَنَاحًا أَوْ مِيزَابًا إِلَى الطَّرِيقِ ، فَسَقَطَ عَلَى شَيْءٍ الْمَقْنَعِ أَتْلَفَهُ ، ضَمِنَ .

٢٣٧٥ - مسألة : (وَإِنْ أَخْرَجَ جَنَاحًا أَوْ مِيزَابًا إِلَى الطَّرِيقِ ، فَسَقَطَ عَلَى شَيْءٍ فَأَتْلَفَهُ ، ضَمِنَ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا أَخْرَجَ إِلَى الطَّرِيقِ النَّافِذِ جَنَاحًا ، أَوْ سَابِطًا ، فَسَقَطَ ، أَوْ شَيْءٌ مِنْهُ عَلَى شَيْءٍ ، فَأَتْلَفَهُ ، ضَمِنَهُ الْمُخْرَجُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ وَقَعَتْ خَشَبَةٌ لَيْسَتْ مُرَكَّبَةً عَلَى حَائِطٍ ، « وَجَبَ ضَمَانُ مَا أَتْلَفَتْ » ، وَإِنْ كَانَتْ مُرَكَّبَةً عَلَى حَائِطِهِ ^(١) ، وَجَبَ نِصْفُ الضَّمَانِ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِمَا وَضَعَهُ عَلَى مِلْكِهِ وَمِلْكِ غَيْرِهِ ، فَيُقَسَّمُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَلَفَ بِمَا أَخْرَجَهُ إِلَى هَوَاءِ ^(٢) الطَّرِيقِ ، فَضَمِنَهُ ، كَمَا لَوْ بَنَى حَائِطَهُ مَائِلًا إِلَى الطَّرِيقِ ^(٣) فَأَتْلَفَ ، أَوْ أَقَامَ خَشَبَةً فِي مِلْكِهِ مَائِلَةً إِلَى الطَّرِيقِ ^(٤) ، أَوْ كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنِ الْخَشَبَةُ السَّاقِطَةُ مَوْضُوعَةً عَلَى الْحَائِطِ . وَلِأَنَّهُ إِخْرَاجٌ يَضْمَنُ بِهِ الْبَعْضُ ، فَضَمِنَ بِهِ الْكُلُّ ، كَالَّذِي

قوله : وَإِنْ أَخْرَجَ جَنَاحًا ، أَوْ مِيزَابًا إِلَى [٢٠٢/٢ ظ] الطَّرِيقِ - قال في الإنصاف « الرَّعَايَةُ » : نَافِذًا أَوْ غَيْرَ نَافِذٍ ، يَعْنِي ، بِغَيْرِ إِذْنِ أَهْلِهِ - فَسَقَطَ عَلَى شَيْءٍ فَأَتْلَفَهُ ، ضَمِنَ . وَهَذَا قَالَهُ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَتَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي ذَلِكَ مُحَرَّرًا ، فِي بَابِ الصُّلْحِ ، عِنْدَ قَوْلِهِ : وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرَعَ إِلَى طَرِيقٍ نَافِذٍ جَنَاحًا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَلَوْ بَعْدَ بَيْعٍ ، وَقَدْ طُولِبَ بِتَقْضِيهِ ، لَحُصُولِهِ ^(٥) بِفِعْلِهِ . انْتَهَى .

(١ - ١) سقط من : تش ، م .

(٢) في الأصل : « هذا » .

(٣) في الفروع ٥٢١/٤ : « كحصوله » .

ذَكَرْنَا . وَلأنَّه تَلَفَ بَعْدُوانِهِ ، فَضَمِنَهُ ، كما لو وَضَعَ البِناءَ على أَرْضِ الطَّرِيقِ . والدَّلِيلُ على عُدْوانِهِ وَجُوبُ ضَمَانِ البعضِ ؛ لأنَّه لو كان مُباحًا لم يَضْمَنْ به ، كَسائِرِ المُباحاتِ ، ولأنَّ هذه خَشَبَةٌ لو سَقَطَ الخارِجُ منها حَسْبُ ، فَاتَّلَفَ شَيْئًا ، ضَمِنَهُ ، فَيَجِبُ أَنْ يَضْمَنْ ما اتَّلَفَ جَمِيعُها ، كَسائِرِ المَواضِعِ التي يَجِبُ الضَّمَانُ فيها ، ولأنَّنا لم نَعْلَمْ مَوْضِعًا يَجِبُ الضَّمَانُ كُلُّهُ ببعضِ الخَشَبَةِ ونِصْفِهِ بِجَمِيعِها . وإن كان إخراجُ الجَنَاحِ إلى دَرَبٍ غيرِ نافِذٍ بِغيرِ إِذْنِ أَهْلِهِ ، ضَمِنَ ما تَلَفَ به [٢٩٦/٤] وإن كان بِإِذْنِهِمْ ، فلا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لأنَّه غيرُ مُتَعَدٍّ فِيهِ .

فصل : وإن أخرجَ مِيزابًا إلى الطَّرِيقِ النافِذِ ، فَسَقَطَ على إنسانٍ أو شيءٍ فَاتَّلَفَهُ ، ضَمِنَ . وبهذا قال أبو حنيفة . وحُكِيَ عن مالِكٍ ، أَنَّهُ لا يَضْمَنْ ما اتَّلَفَهُ ؛ لأنَّه غيرُ مُتَعَدٍّ بِإِخراجِهِ ، فلم يَضْمَنْ ما تَلَفَ به ، كما لو أخرجَهُ إلى مِلْكِهِ . وقال الشافعيُّ : إن سَقَطَ كُلُّهُ فعليه نِصْفُ الضَّمَانِ ؛ لأنَّه تَلَفَ بما وَضَعَهُ على مِلْكِهِ ومِلْكٍ غيرِهِ ، وإن انْقَصَفَ المِيزابُ فَسَقَطَ مِنْهُ الخارِجُ حَسْبُ ، ضَمِنَ الجَمِيعَ ؛ لأنَّه كُلُّهُ في غيرِ مِلْكِهِ . ولنا ، ما سَبَقَ في

وقالَه القاضى وغيرُهُ . وقال في « الرِّعايَةِ » ، بعد أن ذَكَرَ الأوَّلَ : ولا يَضْمَنْ ما تَلَفَ بما يُباحُ ؛ مِنْ جَنَاحٍ ، وساباطٍ ، ومِيزابٍ . فَعَلِمَ مِنْ ذلك ، أن مُرادَ المُصَنِّفِ وغيرِهِ مِمَّنْ أَطْلَقَ ، إذا كان ذلك لا يُباحُ فَعَلَهُ . وقد صرَّحَ بِذلك المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، في إخراجِ الجَنَاحِ في غيرِ الدَّرَبِ النَّافِذِ بِإِذْنِ أَهْلِهِ ، أَنَّهُ لا يَضْمَنْ . قال الحارِثِيُّ : ومَبْنَى هذا الأَصْلِ ، أن الإِخراجَ ؛ هل يُباحُ ، أم لا ؟

وَأِنْ مَالَ حَائِطُهُ ، فَلَمْ يَهْدِمَهُ حَتَّى أَتْلَفَ شَيْئًا ، لَمْ يَضْمَنْهُ ، ^{المقنع} نَصَّ عَلَيْهِ . وَأَوْمَأَ فِي مَوْضِعٍ ، أَنَّهُ إِنْ تَقَدَّمَ إِلَيْهِ بِنَقْضِهِ وَأُشْهِدَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، ضَمِنَ .

الشرح الكبير

الجنّاح ، ولا نُسَلِّمُ أَنْ إخراجَه مُباحٌ ، بل هو مُحَرَّمٌ ؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَ إِلَى هَوَاءِ مِلْكٍ غَيْرِهِ شَيْئًا ^(١) يَضُرُّ بِهِ ، أَشْبَهَ مَا أَخْرَجَهُ إِلَى مِلْكِ آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . فَأَمَّا إِنْ أَخْرَجَهُ إِلَى مِلْكِ آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَهُوَ مُتَعَدٌّ ، وَيَضْمَنُ مَا تَلَفَ بِهِ . لَا نَعْلَمُ فِي ذَلِكَ خِلَافًا .

٢٣٧٦ - مسألة : (وَإِنْ مَالَ حَائِطُهُ ، فَلَمْ يَهْدِمَهُ حَتَّى أَتْلَفَ شَيْئًا ^(٢) ، لَمْ يَضْمَنْهُ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَأَوْمَأَ فِي مَوْضِعٍ ، أَنَّهُ إِنْ تَقَدَّمَ إِلَيْهِ لِنَقْضِهِ وَأُشْهِدَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، ضَمِنَ) إِذَا كَانَ فِي مِلْكِهِ حَائِطٌ مُسْتَوٍ

الإنصاف

قوله : وَإِنْ مَالَ حَائِطُهُ فَلَمْ يَهْدِمَهُ حَتَّى أَتْلَفَ شَيْئًا ، نَصَّ عَلَيْهِ . وهو المذهب . قال الحارثيُّ في « شَرْحِهِ » : والذي عليه مُتَأَخَّرُو الْأَصْحَابِ ؛ الْقَاضِي وَمَنْ بَعْدَهُ ، أَنَّ الْأَصَحَّ مِنَ الْمَذْهَبِ عَدَمُ الضَّمَانِ . قال : وَأَصْلُ ذَلِكَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » : الْمَنْصُوصُ عَنْهُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ سِوَاءَ طَوْلَبَ بِنَقْضِهِ ، أَوْ لَمْ يُطَالَبْ . انتهى . وجزم به في « الْوَجِيزِ » ، و « الْمُتَوَرِّ » . وصحَّحه النَّازِمُ . وقدمه في « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّي » ، و « الرِّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَأَوْمَأَ فِي مَوْضِعٍ ، أَنَّهُ إِنْ تَقَدَّمَ إِلَيْهِ بِنَقْضِهِ ، وَأُشْهِدَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، ضَمِنَ . وهذا الإجماع ذكره ابنُ بختان ، وابنُ هانئ ، ونصَّ على

(١ - ١) سقط من : الأصل .

«أَوْ مَائِلٌ إِلَى مِلْكِهِ»^(١) ، أَوْ بِنَاءٌ كَذَلِكَ ، فَسَقَطَ مِنْ غَيْرِ اسْتِهْدَامٍ وَلَا مَيْلٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهِ فِيمَا تَلَفَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَدَّ بَيْنَائِهِ ، وَلَا حَصَلَ مِنْهُ تَقْرِيطٌ بِإِبْقَائِهِ ، وَإِنْ مَالَ قَبْلَ وَقُوعِهِ إِلَى مِلْكِهِ وَلَمْ يَتَجَاوِزْهُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ بِنَائِهِ مَائِلًا فِي مِلْكِهِ ، وَإِنْ مَالَ قَبْلَ وَقُوعِهِ إِلَى هَوَاءِ الطَّرِيقِ ، أَوْ إِلَى مِلْكِ إِنْسَانٍ ، أَوْ مِلْكٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ ، وَكَانَ بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُهُ نَقْضُهُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَدَّ بَيْنَائِهِ ، وَلَا فَرَطَ فِي تَرْكِ نَقْضِهِ ؛ لَعَجْزِهِ عَنْهُ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ سَقَطَ مِنْ غَيْرِ مَيْلٍ . فَإِنْ أُمَكِّنَهُ نَقْضُهُ وَلَمْ يَنْقُضْهُ وَلَمْ يُطَالَبْ بِذَلِكَ ، لَمْ يَضْمَنْ ، فِي الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ . وَهُوَ الظَّاهِرُ^(٢) عَنِ الشَّافِعِيِّ . وَنَحْوُهُ قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ،

الشرح الكبير

ذلك ، فِي رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ مَنْصُورٍ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « زَادِ الْمُسَافِرِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ هِيَ الْمَذْهَبُ . وَلَمْ يُورِدِ ابْنُ أَبِي مُوسَى سِوَاهَا ، وَكَذَلِكَ قَالَ فِي « رُعُوسِ الْمَسَائِلِ » ، وَهُوَ مِنْ كُتُبِهِ الْقَدِيمَةِ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَابْنُ بَكْرٍ ، وَغَيْرُهُمْ ، أَنَّهُ اخْتِيَارُ طَائِفَةٍ مِنَ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَعَنْهُ ، إِنْ طَالَبَهُ مُسْتَحِقٌّ بِنَقْضِهِ ، فَأَبَى مَعَ إِمْكَانِهِ ، ضَمِنَهُ . اخْتَارَهُ جَمَاعَةٌ . وَقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَأَمَّا إِنْ طُولِبَ بِنَقْضِهِ ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، فَقَدْ تَوَقَّفَ أَحْمَدُ عَنِ الْجَوَابِ فِيهَا . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَضْمَنْ . وَقَدْ أَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَالتَّفْرِيعُ عَلَيْهِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَقِيلَ : يَضْمَنْ مُطْلَقًا . وَخَرَّجَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْمَجْدُ ،

الإنصاف

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « المنصوص » .

الشرح الكبير

وأصحاب الرأي ؛ لأنه بناه في ملكه ، والميل حادثٌ بغير فعله ، أشبه ما لو وقع قبل ميله . وذكر بعض أصحابنا فيه وجهًا آخر ، أن عليه الضمان . وهو قول ابن أبي ليلى ، وأبي ثور ، وإسحاق ؛ لأنه متعده بتركه مائلاً [٢٩٦/٤ ط] فضمن ما تلف به ، كما لو بناه مائلاً إلى ذلك ابتداءً ، ولأنه لو طولب بنقضه فلم يفعل ، ضمن ما تلف به ، ولو لم يكن موجباً للضمان لم يضمن بالمطالبة ، كما لو لم يكن مائلاً أو كان مائلاً إلى ملكه . وأما إن طولب بنقضه فلم يفعل ، فقد توقف أحمد عن الجواب فيها . وقال أصحابنا : يضمن . وقد أومأ إليه أحمد . وهو مذهب مالك . ونحوه قال الحسن ، والنخعي ، والثوري . وقال أبو حنيفة : الاستحسان أن يضمن ؛ لأن حق الجواز للمسلمين ، وميل الحائط يمنعهم ذلك ، فكان لهم المطالبة بإزالته ، فإذا لم يزله ، ضمن ، كما لو وضع شيئاً على حائط نفسه فسقط في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به

وجهاً . قال الشارح : ذكر بعض أصحابنا وجهًا بالضمان مطلقاً . انتهى . وهذا اختاره ابن عقيل . قال الحارثي : وهو الأقوى . وتقدم التنبيه على بعض ذلك ، في أواخر باب الصلح .

تنبيه : محل الخلاف ، إذا علم بميلانه ، على الصحيح من المذهب . قدمه في « الفروع » . ولم يذكر في « الترغيب » العلم بميلانه . وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، وجماعة .

فوائد : إحداهما ، كيفية الإشهاد : أشهدوا أنني طالبتُه بنقضه . أو : تقدمتُ إليه بنقضه . ذكره ابن عقيل ، وذكر القاضي بعضه ، وكذلك كل لفظ أدى

إنسان . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، لا ضَمَانٌ عليه . قال أبو حنيفة : وهو القِياسُ .
لأنَّه بَنَاهُ فِي مِلْكِهِ وَلَمْ يَسْقُطْ بِفِعْلِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يُطَالَبْ بِتَقْضِيهِ ، أَوْ سَقَطَ
قَبْلَ مَيْلِهِ ، أَوْ لَمْ يُمْكِنْهُ نَقْضُهُ ، وَلأنَّه لَوْ وَجَبَ الضَّمَانُ بِهِ لَمْ تُشْتَرِطِ الْمُطَالَبَةُ
بِهِ ، كَمَا لَوْ بَنَاهُ مَائِلًا إِلَى غَيْرِ مِلْكِهِ . فَإِنْ قُلْنَا : عَلَيْهِ الضَّمَانُ إِذَا طُولَبَ .
فإنَّ الْمُطَالَبَةَ مِنْ كُلِّ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ تُوجِبُ الضَّمَانَ ، إِذَا كَانَ مَيْلُهُ إِلَى
الطَّرِيقِ ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَقَّ الْمُرُورِ ، فَكَانَتْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ ، كَمَا لَوْ
مَالَ الْحَائِطُ إِلَى مِلْكِ جَمَاعَةٍ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْمُطَالَبَةُ . وَإِذَا طَالَبَ
وَاحِدٌ ، فَاسْتَأْجَلَهُ صَاحِبُ الْحَائِطِ ، أَوْ أَجَلَهُ الْإِمَامُ ، لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ
الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لِجَمِيعِ الْمُسْلِمِينَ ، فَلَا يَمْلِكُ الْوَاحِدُ مِنْهُمْ إِسْقَاطَهُ .
وَإِنْ كَانَتْ الْمُطَالَبَةُ لِمُسْتَأْجِرِ الدَّارِ وَمُرْتَهِنِهَا وَمُسْتَعِيرِهَا أَوْ^(١)

إِلَيْهِ . ثُمَّ الْمَيْلُ إِلَى السَّابِلَةِ فَيَسْتَقِيلُ بِهَا الْإِمَامُ ، وَمَنْ قَامَ مَقَامَهُ ، وَكَذَا الْوَاحِدُ مِنَ
الرَّعِيَّةِ ؛ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا . وَلَوْ كَانَ إِلَى دَرْبٍ مُشْتَرِكٍ ، فَكَذَلِكَ يَسْتَقِيلُ بِهِ
الْوَاحِدُ مِنْ أَهْلِهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَإِنْ كَانَ
إِلَى دَارِ مَالِكٍ مُعَيَّنٍ ، اسْتَقِيلَ بِهِ . وَإِنْ كَانَ سَاكِنُهَا الْغَيْرَ ، فَكَالْمَالِكِ . وَإِنْ كَانَ
السَّاكِنُ جَمَاعَةً ، اسْتَقِيلَ بِهِ أَحَدُهُمْ . وَإِنْ كَانَ غَاصِبًا ، لَمْ يَمْلِكْهُ ، وَمَا تَلَفَ لَهُ ،
فَغَيْرُ مَضْمُونٍ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ سَقَطَ الْجِدَارُ مِنْ غَيْرِ مَيْلَانِ ، لَمْ يَضْمَنْ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ ،
بِلا خِلَافٍ . وَإِنْ بَنَاهُ مَائِلًا إِلَى مِلْكِ الْغَيْرِ بِإِذْنِهِ ، أَوْ إِلَى مِلْكِ نَفْسِهِ ، أَوْ مَالٍ إِلَيْهِ بَعْدَ
الْبِنَاءِ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَإِنْ بَنَاهُ مَائِلًا إِلَى الطَّرِيقِ ، أَوْ إِلَى مِلْكِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، ضَمِنَ .
قَالَ الْمُصَنِّفُ : لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَمَسْأَلَةُ الْمُصَنِّفِ ، بَنَاهُ مُسْتَوِيًّا ، ثُمَّ مَالَ .

الشرح الكبير

مُسْتَوْدَعِهَا ، فلا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَ النِّقْضَ ، وَلَيْسَ الْحَائِطُ مِلْكًا لَهُمْ ، وَإِنْ طُولِبَ الْمَالِكُ فِي هَذِهِ الْحَالِ ، فَلَمْ يُمَكِّنْهُ اسْتِزْجَاعُ الدَّارِ وَنَقْضُ الْحَائِطِ ، فلا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لَعَدَمِ تَفْرِيطِهِ ، وَإِنْ أَمَكَّنْهُ اسْتِزْجَاعُهَا كَالْمُعِيرِ وَالْمُودِعِ وَالرَّاهِنِ إِذَا أَمَكَّنْهُ [٢٩٧/٤] فَكَأَنَّ الرَّهْنَ فَلَمْ يَفْعَلْ ، ضَمِينَ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنْهُ النِّقْضَ . وَإِنْ كَانَ الْمَالِكُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ لِسَفَهٍ أَوْ صِغَرٍ أَوْ جُنُونٍ ، فَطُولِبَ هُوَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَهْلًا لِلْمُطَالَبَةِ ، وَإِنْ طُولِبَ وَلِيُّهُ أَوْ وَصِيِّهِ ، فَلَمْ يَنْقُضْهُ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ

الثَّالِثَةُ ، لَا أَثَرَ لِمُطَالَبَةِ مُسْتَأْجِرِ الدَّارِ ، وَمُسْتَعِيرِهَا ، وَمُسْتَوْدَعِهَا ، وَمُرْتَهَنِهَا ، وَإِنْ ضَمَانَ عَلَيْهِمْ ، فَلَوْ طُولِبَ الْمَالِكُ فِي هَذِهِ الْحَالِ ؛ فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْهُ اسْتِزْجَاعُهَا ، أَوْ نَقْضُ الْحَائِطِ ، فلا ضَمَانَ ، وَإِنْ أَمَكَّنْهُ ؛ كَالْمُعِيرِ ، وَالْمُودِعِ ، وَالرَّاهِنِ ، إِذَا أَمَكَّنْهُ فَكَأَنَّ الرَّهْنَ ، وَلَمْ يَفْعَلْ ، ضَمِينَ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَإِنْ حُجِرَ عَلَى الْمَالِكِ ؛ لِسَفَهٍ ، أَوْ صِغَرٍ ، أَوْ جُنُونٍ ، فَطُولِبَ ، لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ طُولِبَ وَلِيُّهُ ، أَوْ وَصِيِّهِ ، فَلَمْ يَنْقُضْهُ ، ضَمِينَ الْمَالِكُ . قَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَالشَّارِحُ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَلَا يَضْمَنُ وَلِيُّ فَرَطَ ، بَلْ مُوَلِّيهُ ، ذَكَرَهُ فِي « الْمُنتَخَبِ » ، وَيتَوَجَّهُ عَكْسُهُ . وَكَأَنَّهُ لَمْ يَطَّلِعْ عَلَى كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَالشَّارِحِ ، وَالْحَارِثِيِّ . ^(١) وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : الضَّمَانُ عَلَى الْوَلِيِّ . قَالَ الْحَارِثِيُّ ^(٢) : وَهُوَ الْحَقُّ ؛ [٢٠٣/٢] لَوْجُودِ التَّفْرِيطِ ، وَهُوَ التَّوَجُّعُ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . الرَّابِعَةُ ، لَوْ كَانَ الْمِيلَانُ إِلَى مِلْكٍ مَالِكٍ مُعَيَّنٍ ؛ إِمَّا وَاحِدٍ أَوْ

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ط .

الضَّمانُ ماله ، فكان الضَّمانُ عليه دونَ الْمُتَصَرِّفِ^(١) ، كالوَكِيلِ مع المُوَكَّلِ . وإن كان المِلْكُ مُشْتَرَكًا بين^(٢) جَمَاعَةٍ ، فَطُولِبَ أَحَدُهُمْ بِنَقْضِهِ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُما ، لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ نَقْضُهُ بِدُونِ إِذْنِهِمْ ، فَهُوَ كَالْعَاجِزِ . والثَّانِي ، يَلْزَمُهُ بِحِصَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتِمَكَّنُ مِنَ التَّنْقِضِ بِمُطَالَبَتِهِ شُرَكَاءَهُ وَإِلْزَامِهِمُ التَّنْقِضَ ، فَصَارَ بِذَلِكَ مُفْرَطًا . فَإِنْ كَانَ مِثْلُ الْحَائِطِ إِلَى مِلْكٍ آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ إِمَّا وَاحِدٍ أَوْ جَمَاعَةٍ ، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، إِلَّا أَنَّ الْمُطَالَبَةَ تَكُونُ لِلْمَالِكِ ، أَوْ سَاكِنِ الْمِلْكِ الَّذِي مَالٌ إِلَيْهِ دُونَ غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ لَجَمَاعَةٍ ، فَأَيُّهُمْ طَالِبٌ ، وَجَبَ التَّنْقِضُ بِمُطَالَبَتِهِ ، كَمَا لَوْ طَالَبَ وَاحِدٌ بِنَقْضِ الْمَائِلِ إِلَى الطَّرِيقِ ، إِلَّا أَنَّهُ مَتَى طُولِبَ ثُمَّ أَجَّلَهُ صَاحِبُ الْمِلْكِ ، أَوْ أَبرَأَهُ مِنْهُ ، أَوْ فَعَلَ ذَلِكَ سَاكِنُ الدَّارِ الَّتِي مَالٌ إِلَيْهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، وَهُوَ يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ . وَإِنْ مَالٌ إِلَى دَرَجٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، فَالْحَقُّ لِأَهْلِ الدَّرَجِ ، وَالْمُطَالَبَةُ لَهُمْ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لَهُمْ ، وَيَلْزَمُ التَّنْقِضُ بِمُطَالَبَةِ أَحَدِهِمْ ، وَلَا يَبْرَأُ بِإِبْرَائِهِ وَتَأْجِيلِهِ ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى بِذَلِكَ جَمِيعُهُمْ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لِلْجَمِيعِ .

جَمَاعَةٍ ، فَأَمْهَلَهُ الْمَالِكُ ، أَوْ أَبرَأَهُ ، جَازَ ، وَلَا ضَمَانَ . وَإِنْ أَمْهَلَهُ سَاكِنُ الْمِلْكِ ، أَوْ أَبرَأَهُ ، فَكَذَلِكَ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : لَا يَسْقُطُ ، وَلَا يَتَأَجَّلُ ، إِلَّا أَنْ يَجْتَمِعَا ، أَعْنَى السَّاكِنِ وَالْمَالِكِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالَّذِي قَالَه : أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُبْرِي . فَلَيْسَ كَمَا قَالَ ؛ لِأَنَّ مَنْ

(١) فِي م : التَّصَرُّفِ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : مَعَ .

فصل : وإن لم يَمِلِ الحائِطُ لَكِنْ تَشَقَّقَ ، فَإِنْ لم يُخَشِ سُقُوطُهُ ؛ لَكَوْنِ شُقُوقِهِ بِالطُّولِ ، لم يَجِبْ نَقْضُهُ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الصَّحِيحِ ، قِيَاسًا عَلَيْهِ . وَإِنْ خِيفَ وَقُوعُهُ ؛ لَكَوْنِهِ مَشْقُوقًا بِالْعَرَضِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمَائِلِ ؛ لِأَنَّهُ يُخَافُ مِنْهُ التَّلَفُ ، أَشْبَهَ الْمَائِلَ .

فصل : ولو بَنَى فِي مِلْكِهِ حَائِطًا مَائِلًا إِلَى الطَّرِيقِ أَوْ إِلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ ، فَتَلَفَ بِهِ شَيْءٌ أَوْ سَقَطَ عَلَى شَيْءٍ أَتْلَفَهُ ، ضَمِنَ ؛ لِتَعَدُّيهِ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ الْبِنَاءُ فِي هَوَاءٍ مِلْكٍ غَيْرِهِ أَوْ هَوَاءٍ مُشْتَرَكٍ ، وَلِأَنَّهُ يُعَرِّضُهُ لِلْوُقُوعِ عَلَى غَيْرِهِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ ، أَشْبَهَ [٢٩٧/٤ ط] مَا لَوْ نَصَبَ فِيهِ مِنْجَلًا يَصِيدُ بِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا .

مَلَكٌ حَقًّا ، مَلَكٌ إِسْقَاطُهُ ، وَإِنْ كَانَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَنْ لَمْ يَبْرَأْ ، فَنَعَمْ ، وَذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ التَّفْصِيلِ لَا يَقْبَلُ خِلَافًا . وَإِنْ كَانَ الْمِيلَانُ إِلَى دَرْبٍ لَا يَنْفُذُ ، أَوْ إِلَى سَابِلَةٍ ، فَأَبْرَأَ الْبَعْضُ ، أَوْ أَمْهَلَهُ ، بَرِيءٌ ، بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُبْرِيءِ ، أَوْ الْمُمْهَلِ . الْخَامِسَةُ ، لَوْ كَانَ الْمَلِكُ مُشْتَرَكًا ، فَطُولِبَ أَحَدُهُمْ بِنَقْضِهِ ، فَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : اِحْتَمَلَ وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ . وَالثَّانِي ، يَلْزَمُهُ بِحَصَّتِهِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ النَّازِمُ . السَّادِسَةُ ، لَوْ بَاعَ الْجِدَارَ مَائِلًا بَعْدَ التَّقَدُّمِ إِلَيْهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالسَّامِرِيُّ فِي « فُرُوقِهِ » : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِزَوَالِ التَّمَكُّنِ مِنَ الْهَدْمِ حَالَةَ السُّقُوطِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : وَلَا عَلَى الْمُشْتَرَى ؛ لِانْتِفَاءِ التَّقَدُّمِ إِلَيْهِ . وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ وَهَبَهُ وَأَقْبَضَهُ . وَإِنْ قُلْنَا بِلُزُومِ الْهَبَةِ ، زَالَ الضَّمَانُ عَنْهُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ . انْتَهَى . وَقَالَ ابْنُ

فصل : إذا تَقَدَّمَ إلى صَاحِبِ الحَائِطِ المَائِلِ بِنَقْضِهِ ، فَبَاعَهُ مَائِلًا ، فَسَقَطَ على شَيْءٍ ، فَتَلَفَ به ، فلا ضَمَانُ على بَائِعِهِ ؛ لَأَنَّهُ ليس بِمِلْكِهِ ، ولا على المُشْتَرِي ؛ لَأَنَّهُ لم يُطَالَبْ بِنَقْضِهِ ، وكذلك إن وَهَبَهُ وَأَقْبَضَهُ ، وإن قُلْنَا بِلُزُومِ الهَبَةِ ، زال الضَّمَانُ عنه بِمُجَرَّدِ العَقْدِ . وإذا وَجَبَ الضَّمَانُ وكان التَّالِفُ به آدَمِيًّا ، فالدَّيَّةُ على عَاقِلَتِهِ ، فإن أنكَرَتِ العَاقِلَةُ كَوْنَ الحَائِطِ لصَاحِبِهِمْ ، لم يُلْزَمُهُمْ ، إِلَّا أن يَثْبُتَ ذلك بَيِّنَةً ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الوُجُوبِ عَلَيْهِمْ ، فلا يَجِبُ بالشُّكِّ ، وإن اعْتَرَفَ صَاحِبُ الحَائِطِ ، فالضَّمَانُ عليه دُونَهُمْ ؛ لِأَنَّ العَاقِلَةَ لا تَحْمِلُ الاعْتِرَافَ ، وكذلك إن أنكَرُوا مُطَالَبَتَهُ بِنَقْضِهِ ، فَالحُكْمُ على ما ذَكَرْنَا . وإن كان الحَائِطُ في يَدِ صَاحِبِهِمْ ، وهو سَاكِنٌ في الدَّارِ ، لم يَثْبُتْ بذلك الوُجُوبُ عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّ دَلَالَتهُ ذلك على المِلْكِ مِنْ جِهَةِ الظَّاهِرِ ، والظَّاهِرُ لا تَثْبُتُ به الحُقُوقُ ، وإِنَّمَا تُرَجَّحُ به الدَّعْوَى .

عَقِيلٍ في « الفُصولِ » : إن باعَهُ فِرَارًا ، لم يَسْقُطِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ الحِيلَ لا تُسْقِطُ الحُقُوقَ بَعْدَ وَجُوبِهَا . انتهى . وقال الحَارِثِيُّ : والأوَّلَى ، إن شاء الله ، وَجُوبُ الضَّمَانِ عَلَيْهِ مُطْلَقًا . وقال ابنُ عَقِيلٍ ، بَعْدَ كَلَامِهِ المُتَقَدِّمِ : وكذا لو باعَ فَخًّا أو شَبَكَةً مَنْصُوبَيْنِ ، فَوَقَعَ فِيهِمَا صَيِّدٌ في الحَرَمِ ، أو مَمْلُوكٌ للغيرِ ، لم يَسْقُطْ عنه ضَمَانُهُ . قال ابنُ رَجَبٍ : والظَّاهِرُ أَنَّ القَاضِيَ لا يُخَالِفُ في هذه الصُّورَةِ . قاله في « القَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ والعِشْرِينَ » . وقال في « القَاعِدَةِ الثَّامِنَةِ والثَّمَانِينَ » : وهل يَجِبُ الضَّمَانُ على مَنْ انْتَقَلَ المِلْكُ إِلَيْهِ إذا اسْتَدَامَهُ ، أم لا ؟ الأَظْهَرُ وَجُوبُهُ عَلَيْهِ ، كَمَنْ اشْتَرَى حَائِطًا مَائِلًا ، فَإِنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ البَائِعِ فِيهِ ، فإذا طُولَبَ بِإِزَالَتِهِ ، فلم يَفْعَلْ ، ضَمِنَ على رِوَايَةٍ . انتهى . السَّابِعَةُ ، إذا تَشَقَّقَ الحَائِطُ طَوْلًا ، لم يُوجِبْ

وَمَا أَتَلَفَتِ الْبَهِيمَةُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ ^{المقنع} فِي يَدِ إِنْسَانٍ ؛ كَالرَّاكِبِ وَالسَّائِقِ وَالْقَائِدِ ، فَيُضْمَنُ مَا جَنَتْ يَدُهَا أَوْ فَمُهَا دُونَ مَا جَنَتْ رِجْلُهَا .

٢٣٧٧ - مسألة : (وما أَتَلَفَتِ الْبَهِيمَةُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ فِي يَدِ إِنْسَانٍ ؛ كَالرَّاكِبِ وَالسَّائِقِ وَالْقَائِدِ ، فَيُضْمَنُ مَا جَنَتْ يَدُهَا أَوْ فَمُهَا دُونَ مَا جَنَتْ رِجْلُهَا) إِذَا أَتَلَفَتِ الْبَهِيمَةُ شَيْئًا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا ، إِذَا لَمْ تَكُنْ يَدُ أَحَدٍ عَلَيْهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْعَجَمَاءُ جُرْحُهَا جُبَارٌ » ^(١) . يَعْنِي هَذَا . فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ يَدُ صَاحِبِهَا عَلَيْهَا ، كَالرَّاكِبِ وَالسَّائِقِ وَالْقَائِدِ ، فَإِنَّهُ يُضْمَنُ . وَهَذَا قَوْلُ شُرَيْحٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ

نَقَضِهِ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الصَّحِيحِ ، وَإِنْ تَشَقَّقَ عَرَضًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمَائِلِ ، عَلَى ^{الإنصاف} مَا تَقَدَّمَ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرُهُمْ .

قوله : وما أَتَلَفَتِ الْبَهِيمَةُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ بِشَرْطِهِ الْآتِي ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرُهُمْ مِنَ الْأَصْحَابِ ، وَسِوَاهُمْ كَانَ التَّأْلِيفُ صَيْدَ حَرَمٍ أَوْ غَيْرِهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : أَطْلَقَهُ الْأَصْحَابُ . قَالَ : وَيَتَوَجَّهُ ، إِلَّا الضَّارِيَّةُ ، وَلَعَلَّهُ مُرَادُهُمْ . وَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، فِي مَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِإِمْسَاكِهَا : ضَمِنَهُ ، إِنْ لَمْ يُعْلِمْهَا بِهَا . وَقَالَ فِي « الْفُصُولِ » : مَنْ أَطْلَقَ كَلْبًا عَقُورًا ، أَوْ دَابَّةً رَفُوسًا ، أَوْ

(١) تقدم تخريجه في ٥٨٧/٦ .

الحديث ، ولأنه جنايةٌ بهيمةٌ ، فلم يضمنها ، كما لو لم تكن يده عليها .
ولنا ، قولُ النبي ﷺ : « الرجلُ ^(١) جبارٌ » . رواه سعيد ^(٢) ، بإسناده ،
عن الهزيل بن شرحبيل ، عن النبي ﷺ . وعن أبي هريرة ^(٣) عن النبي ﷺ .
وتخصيصُ الرجلِ بكونها جباراً [٢٩٨/٤] دليلٌ على وجوبِ
الضمانِ في جنايةٍ غيرها ، ولأنه يُمكنه حفظُها من الجناية إذا كان رَاكِبَهَا
أو يده عليها ، بخلافِ مَنْ لا يَدَ له عليها ، وحديثُه محمولٌ على مَنْ لا
يَدَ له عليها .

الشرح الكبير

عَضُوضًا على النَّاسِ ، وخَلَّاهُ في طُرُقِهِمْ وَمَصَاطِبِهِمْ وَرِحَابِهِمْ ، فَاتَّلَفَ مَالًا ، أَوْ
نَفْسًا ، ضَمِنَ ؛ لَتَفْرِيطِهِ . وكذا إن كَانَ لَهُ طَائِرٌ جَارِحٌ ؛ كَالصَّقَرِ وَالْبَازِيِ ،
فَأَفْسَدَ طُيُورَ النَّاسِ وَحَيَوَانَاتِهِمْ . انتهى . قلتُ : وهو الصَّوَابُ .

الإنصاف

فائدة : قال في « الانتصار » : البهيمةُ الصَّائِلَةُ يَلْزُمُ مَالِكُهَا وَغَيْرُهُ إِتْلَافُهَا .
وكذا قال في « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » : إِذَا عُرِفَتِ الْبَهِيمَةُ بِالصُّوْلِ ، يَجِبُ عَلَى مَالِكِهَا
قَتْلُهَا ، وَعَلَى الْإِمَامِ وَغَيْرِهِ ، إِذَا صَالَتْ عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ ، وَمَنْ وَجِبَ قَتْلُهُ عَلَى
وَجْهِ الْمَعْرُوفِ ، لَمْ يُضْمَنْ ، كَمُرْتَدٍّ . وتقدّم إِذَا كَانَتِ الْبَهِيمَةُ مَعْصُوبَةً ،
وَأَتَّلَفَتْ ، عِنْدَ قَوْلِهِ : وَإِنْ جَنَى الْمَعْصُوبُ ، فعليه أَرْشُ جِنَايَتِهِ .

قوله : إِلَّا أَنْ تَكُونَ فِي يَدِ إِنْسَانٍ ؛ كَالرَّائِبِ ، وَالسَّائِقِ ، وَالْقَائِدِ - يَعْنِي ، إِذَا
كَانَ قَادِرًا عَلَى التَّصَرُّفِ فِيهَا - فَيُضْمَنُ مَا جَنَتْ يَدُهَا أَوْ فَمُهَا دُونَ مَا جَنَتْ

(١) في : تش ، م : « والرجل » .

(٢) وأخرجه عبد الرزاق ، في : باب المعجماء ، من كتاب العقول . المصنف ٦٧/١٠ . والدارقطني ، في :

كتاب الحدود والديات . سنن الدارقطني ١٥٣/٣ ، ١٥٤ .

(٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في الدابة تنفع برجلها ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٥٠٢/٢ .

فصل : ولا يَضْمَنُ ما جَنَّتْ بِرِجْلِهَا . وبه قال أبو حنيفة . وعن أحمد رواية أخرى ، أنه يَضْمَنُهَا . وهو قول شريح ، والشافعي ؛ لأنه من جنائيه بهيمة يده عليها ، فضمنه ، كجنائيه يدها . ولنا ، قول النبي ﷺ « الرجل جبار » . ولأنه لا يملك حفظ رجلها عن الجنائيه ، فلم يضمنها ، كما لو لم تكن يده عليها . فأما إن كانت جنائيتها بفعله ، مثل أن كبّحها أو ضربها في وجهها ونحو ذلك ، فإنه يضمن جنائيه رجلها ؛ لأنه السبب في جنائيتها ، فكان عليه ضمانها ، ولو كان السبب غيره ، مثل أن نخسها أو نفرها ، فالضمان على من فعل ذلك دون راعيها وسائقها وقائدها ؛ لأنه السبب في جنائيتها .

رجلها . وهذا المذهب . قال الحارثي : هذا الصحيح من المذهب . جزم به في « الهداية » ، و « خلافه الصغير » ، والشريف أبو جعفر ، وابن عقيل في « التذكرة » ، و « المذهب » ، و « مسبوک الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الوجيز » ، وغيرهم . وقدمه في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « شرح الحارثي » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، وغيرهم ، وعليه جماهير الأصحاب . وعنه ، يضمن السائق جنائيه رجلها . قال القاضي [٢٠٣/٢ ظ] ، وابن عقيل : وهي أصح ؛ لتمكّن السائق من مراعاة الرجل ، بخلاف الراكب والقائد . وعنه ، يضمن ما جنت برجلها ؛ سواء كان سائقاً أو قائداً ، أو راكباً . ذكرها في « المعنى » وغيره . قال الحارثي : وأورد في « المعنى » هذا الخلاف مطلقاً في القائد والسائق والراكب ، والصواب ما حكاه في « الكافي » وغيره من التقييد بالسائق ؛ فإنه مأخوذ من القاضي ، والقاضي إنما

فصل : فإن كان على الدابة راكبان ، فالضمان على الأول منهما ؛ لأنه المتصرف فيها القادر على كفها ، إلا أن يكون الأول منهما صغيراً أو مريضاً ونحوهما ، ويكون الثاني هو المتولى لتدبيرها ، فيكون الضمان عليه . فإن كان مع الدابة قائد وسائق ، فالضمان عليهما ؛ لأن كل واحد منهما لو انفرد ضمن ، فإذا اجتمعاً ضمنا . وإن كان معهما أو مع أحدهما راكب ، فالضمان عليهم جميعاً ، في أحد الوجهين ؛ لذلك . والثاني ، الضمان على الراكب ؛ لأنه أقوى يداً وتصرفاً . ويحتمل أن يكون على القائد ؛ لأنه لا حكم للراكب معه .

ذكره في السائق فقط . انتهى . قلت : هذا غير مؤثر فيما أورده المصنف من الإطلاق ؛ لأن جماعة من الأصحاب حكوا الروايات الثلاث ، والنقل مقدم على النافي . وقال في « المحرر » : يضمن إذا كان معها راكب أو قائد أو سائق ما جنت يدها وقمها ووطء رجلها ، دون نفحها ابتداءً . انتهى . واختاره ابن عبدوس في « تذكيرته » . وقال ابن البناء : إن نفحت برجلها ، وهو يسير عليها ، فلا ضمان ، وإن كان سائقاً ، ضمن ما جنت برجلها .

فوائد : منها ، لو كبَحها باللجام زيادةً على المعتاد ، أو ضربها في الوجه ، ضمن ما جنت برجلها أيضاً ، ولو لمصلحة . قال الحارثي : لا يختلف الأصحاب في وجوب الضمان وطمأً ونفحاً . وظاهر نقل ابن هانئ في الوطء ؛ لا يضمن . (ونقل أبو طالب ، لا يضمن^١) ما أصابت برجلها ، أو نفحت بها ؛ لأنه لا يقدر على حبسها . وهو ظاهر كلام جماعة . قاله في « الفروع » .

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ط ، انظر : الفروع ٥٢٢/٤ .

فصل : والجَمَلُ المَقْطُورُ على الجَمَلِ الذى عليه رَاكِبٌ ، يَضْمَنُ جِنَايَتَهُ ؛ لَأَنَّهُ فى حُكْمِ القَائِدِ ، فَأَمَّا الجَمَلُ المَقْطُورُ على الجَمَلِ الثانى ، فَيَنْبَغى أَنْ لا يَضْمَنَ جِنَايَتَهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ سَائِقٌ ؛ لِأَنَّ الرَّاكِبَ الأوَّلَ لا يُمَكِّنُهُ حِفْظُهُ عن الجِنَايَةِ . ولو كان مع الدَّابَّةِ وَلَدُهَا ، لم يَضْمَنَ جِنَايَتَهُ ؛ لَأَنَّهُ لا يُمَكِّنُهُ حِفْظُهُ . وذكر ابنُ أبى مُوسَى فى « الإِرشادِ » أَنَّهُ يَضْمَنُ ، قال : لَأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ حِفْظُهُ ^(١) بالشَّدِّ .

ومنها ، لا يَضْمَنُ ما جَنَتْ بَذَنِبَها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، كَرَجُلِها . قال فى « الفُرُوعِ » : ولا ضَمَانُ بَذَنِبِها فى الأصَحِّ . جَزَمَ به فى « التَّرغِيبِ » وغيره ، وَجَزَمَ به أَيْضًا فى « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الحَاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفَائِقِ » ، وغيرهم ، مع ذِكْرِهِم الخِلَافَ فى الرَّجُلِ . وقيل : يَضْمَنُ . قال الحَارِثِيُّ : والذَّنْبُ كالرَّجُلِ ، يَجْرِى فِيهِ الخِلَافُ فى السَّائِقِ ، ولا يَضْمَنُ به الرَّاكِبُ والقَائِدُ ، كما لا يَضْمَنُ بالرَّجُلِ ، وَجْهًا وَاحِدًا . كذا أَوْرَدَهُ فى « الكافى » . انتهى . ومنها ، لو كان السَّبَبُ مِن غيرِ السَّائِقِ والقَائِدِ والرَّاكِبِ ؛ مِثْلُ أَنْ نَحْسَها أو نَفَرَهَا غيرُهُ ، فالضَّمَانُ على مَنْ فَعَلَ ذلك . جَزَمَ به فى « المُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحَارِثِيِّ » ، و « الفُرُوعِ » ، وغيرِهِم . ومنها ، لو جَنَى وَلَدُ الدَّابَّةِ ، ضَمِنَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نَصَّ عليه . واختارَهُ ابنُ أبى مُوسَى ، والسَّامَرِيُّ ، وَقَطَعَا به . وَقَدَّمَهُ فى « الفُرُوعِ » ، و « شَرْحِ الحَارِثِيِّ » . وقال الشَّيْخُ تَقِى الدِّينِ : يَضْمَنُ إِنْ فَرَطَ ؛ نَحْوُ أَنْ يَعْرِفَهُ شَمُوصًا ، وَإِلَّا فلا . وقيل : لا يَضْمَنُ مُطْلَقًا . واختارَهُ المُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقَدَّمَهُ فى « الفَائِقِ » ، ومنها ، لو كان الرَّاكِبُ اثْنانِ ، فالضَّمَانُ على الأوَّلِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَغِيرًا أو

(١) فى تش ، م : « ضبطه » .

مَرِيضًا ، وَنَحْوَهُمَا ، وَكَانَ الثَّانِي مُتَوَلِّيًا تَذْيِيرَهَا ، فَيَكُونُ الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَقَالَ
 الْحَارِثِيُّ : وَإِنْ اشْتَرَاكَ فِي (١) التَّصْرِفِ ، اشْتَرَاكَ فِي (٢) الضَّمَانِ . وَإِنْ كَانَ مَعَ الدَّابَّةِ
 سَائِقٌ وَقَائِدٌ ، فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا ، عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ :
 وَعَنْ بَعْضِ الْمَالِكِيَّةِ ، الضَّمَانُ عَلَى الْقَائِدِ وَحْدَهُ . قَالَ : وَهَذَا قَوْلٌ حَسَنٌ . وَإِنْ
 كَانَ مَعَهُمَا ، أَوْ مَعَ أَحَدِهِمَا رَاكِبٌ ، اشْتَرَكُوا فِي الضَّمَانِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ
 الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، الضَّمَانُ عَلَى الرَّائِبِ فَقَطْ .
 وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ،
 وَ« الْفَائِقِ » . وَقِيلَ : يَضْمَنُ الْقَائِدُ فَقَطْ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْمُعْنَى » . وَمِنْهَا ،
 الْإِبِلُ وَالْبِغَالُ الْمُقْطَرَةُ كَالْبَهِيمَةِ الْوَاحِدَةِ ، عَلَى قَائِدِهَا الضَّمَانُ ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ
 سَائِقٌ ، شَارَكَهُ فِي ضَمَانِ الْأَخِيرِ مِنْهَا دُونَ مَا قَبْلَهُ . هَذَا إِذَا كَانَ فِي آخِرِهَا . فَإِنْ
 كَانَ فِي أَوَّلِهَا ، شَارَكَ فِي الْكُلِّ ، وَإِنْ كَانَ فِيمَا عَدَا الْأَوَّلَ ، شَارَكَ فِي ضَمَانِ مَا بَاشَرَ
 سَوْقَهُ ، دُونَ مَا قَبْلَهُ ، وَشَارَكَ فِيمَا بَعْدَهُ . وَإِنْ انفَرَدَ رَاكِبٌ بِالْقِطَارِ ، وَكَانَ عَلَى
 أَوَّلِهِ ، ضَمِنَ جِنَايَةَ الْجَمِيعِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » (٣) ،
 وَمَنْ تَبِعَهُ : الْمَقْطُورُ عَلَى الْجَمَلِ الْمَرْكُوبِ ، يَضْمَنُ جِنَايَتَهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي حُكْمِ الْقَائِدِ
 لَهُ ، فَأَمَّا الْمَقْطُورُ عَلَى الْجَمَلِ الثَّانِي ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا تُضْمَنَ جِنَايَتُهُ ؛ لِأَنَّ الرَّائِبَ
 الْأَوَّلَ لَا يُمَكِّنُهُ حِفْظُهُ عَنِ الْجِنَايَةِ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَلَيْسَ بِالْقَوِيِّ ؛ فَإِنَّ
 مَا بَعْدَ الرَّائِبِ إِنَّمَا يَسِيرُ بِسِيرِهِ ، وَيَطَأُ بِوِطْئِهِ ، فَأَمَّا حِفْظُهُ عَنِ الْجِنَايَةِ ،
 فَضَمِنَ ، كَالْمَقْطُورِ عَلَى مَا تَحْتَهُ . انْتَهَى . وَمِنْهَا ، لَوْ انْفَلَتَتِ الدَّابَّةُ مِمَّنْ هِيَ فِي
 يَدِهِ ، وَأَفْسَدَتْ ، فَلَا ضَمَانَ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فَلَوْ اسْتَقْبَلَهَا إِنْسَانٌ فَرَدَّهَا ، فَقِيَاسُ قَوْلِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) انظر : المعنى ١٢ / ٥٤٥ .

وَمَا أَفْسَدَتْ مِنَ الزَّرْعِ وَالشَّجَرِ لَيْلًا ، وَلَا يَضْمَنُ مَا أَفْسَدَتْ
مِنَ ذَلِكَ نَهَارًا .

٢٣٧٨ - مسألة : (و) يَضْمَنُ [٢٩٨/٤ ظ] (ما أَفْسَدَتْ مِنَ
الزَّرْعِ وَالشَّجَرِ لَيْلًا ، وَلَا يَضْمَنُ مَا أَفْسَدَتْ مِنَ ذَلِكَ نَهَارًا) يَعْنِي إِذَا
لَمْ تَكُنْ يَدُ أَحَدٍ عَلَيْهَا . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَكْثَرُ فُقَهَاءِ
الْحِجَازِ . وَقَالَ اللَّيْثُ : يَضْمَنُ مَالِكُهَا مَا أَفْسَدَتْهُ لَيْلًا وَنَهَارًا ، بِأَقْلٍ
الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهَا أَوْ قَدَرِ مَا أَتْلَفَتْهُ ، كَالْعَبْدِ إِذَا جَنَى . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ :
لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِجَالٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْعَجَمَاءُ جُرْحُهَا جُبَارٌ » . يَعْنِي
هَذَرًا . وَلِأَنَّهَا أَفْسَدَتْ وَلَيْسَتْ يَدُهُ عَلَيْهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَالنَّهَارِ ، أَوْ كَمَا

الْأَصْحَابِ الضَّمَانَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَمِنْهَا ، لَا فَرْقَ فِي الرَّاكِبِ وَالسَّائِقِ وَالْقَائِدِ ،
بَيْنَ الْمَالِكِ ، وَالْأَجِيرِ ، وَالْمُسْتَأْجِرِ ، وَالْمُسْتَعِيرِ ، وَالْمَوْصَى إِلَيْهِ بِالْمَنْفَعَةِ .
وَعُمُومُ نصوصِ أَحْمَدَ تَقْتَضِيهِ .

قوله : وَمَا أَفْسَدَتْ مِنَ الزَّرْعِ وَالشَّجَرِ لَيْلًا . يَعْنِي ، يَضْمَنُهُ رَبُّهَا . وَهَذَا بِلَا
نِزَاعٍ . لَكِنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ الضَّمَانَ ؛ سِوَاءِ أَنْفَلَتْ بِاخْتِيَارِهِ ، أَوْ بغيرِ
اخْتِيَارِهِ . وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ . نَقَلَهَا جَمَاعَةٌ ؛ مِنْهُمْ ابْنُ مَنْصُورٍ ، وَابْنُ هَانِيٍّ .
وَقَطَعَ بِهِ الْمُصَنِّفُ . قَالَ ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » : صَرَّحَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي
« الْمُعْنَى » ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ . انْتَهَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَاتِحِ » . قَالَ
الزَّرْكَشِيُّ : كَذَا قَالَ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ
الصَّغِيرِ » ، وَالشَّرِيفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافَيْهِمَا » ، [٢٠٤/٢ و]
وَالشَّيرَازِيُّ ، وَابْنُ الْبَنَّا ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « التَّذَكِرَةِ » ، وَغَيْرُهُمْ . انْتَهَى .

لو أَتَلَفْتَ غَيْرَ الزَّرْعِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى مَالِكٌ ^(١) ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ حَرَامِ بْنِ سَعْدٍ ^(٢) ، عَنْ ^(٣) مُحِيصَةَ ، أَنَّ نَاقَةَ الْبِرَاءِ دَخَلَتْ حَائِطَ قَوْمٍ فَأَفْسَدَتْ ، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْأَمْوَالِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ ، وَمَا أَفْسَدَتْ بِاللَّيْلِ فَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِمْ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : إِنْ كَانَ هَذَا مُرْسَلًا فَهُوَ مَشْهُورٌ حَدَّثَ بِهِ الْأَئِمَّةُ الثَّقَاتُ ، وَتَلَقَّاهُ فَقَهَاءُ الْحِجَازِ بِالْقَبُولِ . وَلِأَنَّ الْعَادَةَ مِنْ أَهْلِ الْمَوَاشِي إِرسَالُهَا فِي النَّهَارِ لِلرَّعْيِ وَحِفْظُهَا لَيْلًا ، وَعَادَةُ أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظُهَا نَهَارًا دُونَ اللَّيْلِ ، فَإِذَا ذَهَبَتْ لَيْلًا ، كَانَ التَّفْرِيطُ مِنْ أَهْلِهَا بتركِهِمْ حِفْظَهَا فِي وَقْتِ عَادَةِ الْحِفْظِ ، وَإِنْ تَلَفَتْ نَهَارًا كَانَ التَّفْرِيطُ مِنْ أَهْلِ الزَّرْعِ ، فَكَانَ عَلَيْهِمْ ، وَقَدْ فَرَّقَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَهُمَا ، وَقَضَى عَلَى كُلِّ إِنْسَانٍ بِالْحِفْظِ فِي وَقْتِ عَادَتِهِ .

الشرح الكبير

وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ إِذَا لَمْ يُفَرِّطْ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : جَزَمَ بِهِ جَمَاعَةٌ . قَالَ ابْنُ مُنَجَّيٍّ : وَكَلَامُهُ هُنَا مُشْعِرٌ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَطَفَهُ عَلَى ضَمَانِ مَا جَنَّتْ يَدُهَا أَوْ فَمُهَا ، بَعْدَ اشْتِرَاطِ كَوْنِهَا فِي يَدِ إِنْسَانٍ مَوْضُوفٍ بِمَا ذَكَرَ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : إِنَّمَا يَضْمَنُ إِذَا فَرَّطَ ، أَمَّا إِذَا لَمْ يُفَرِّطْ ، فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ . قَالَ الْقَاضِيَانِ ؛ أَبُو يَعْلَى ، وَابْنُ أَبِي الْحُسَيْنِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْقَاضِي يَعْقُوبُ ، وَالسَّامَرِيُّ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْكَافِي » ، وَغَيْرُهُمْ . انْتَهَى .

الإنصاف

(١) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ الْقَضَاءِ فِي الضَّوَارِي وَالْحَرِيسَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . الْمُوطَأُ ٢/٧٤٧ ، ٧٤٨ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْمَوَاشِي تَفْسِدُ زَرْعِ الْقَوْمِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢/٢٦٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٥/٤٣٥ ، ٤٣٦ .

(٢) فِي م : « سَعِيدٌ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « عَنْ » .

فصل : قال بعض أصحابنا : إِنَّمَا يَضْمَنُ مَالُكُهَا مَا أَتْلَفَتْهُ لَيْلًا إِذَا فَرَطَ بِإِزْسَالِهَا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا ، أَوْ^(١) لَمْ يَضْمَنْهَا بِاللَّيْلِ ، أَوْ ضَمَّهَا بِحَيْثُ يُمَكِّنُهَا الْخُرُوجُ ، أَمَّا إِذَا ضَمَّهَا فَأَخْرَجَهَا غَيْرُهُ بغيرِ إِذْنِهِ أَوْ فَتَحَ عَلَيْهَا بَابَهَا ، فَالضَّمَانُ عَلَى مُخْرِجِهَا أَوْ فَاتِحِ بَابِهَا ؛ لِأَنَّهُ الْمُتْلِفُ . قال القاضي : هذه المسألة عندى مَحْمُولَةٌ عَلَى مَوْضِعٍ فِيهِ مَزَارِعٌ وَمَرَاغٌ ، أَمَّا الْقَرْىُ الْعَامِرَةُ الَّتِي لَا مَرْعى فِيهَا إِلَّا بَيْنَ قَرَاخَيْنِ^(٢) كَسَاقِيَةٍ وَطَرِيقٍ وَطَرَفِ زَرْعٍ ، فَلَيْسَ لِصَاحِبِهَا إِزْسَالُهَا بِغَيْرِ حَافِظٍ عَنِ الزَّرْعِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَعَلِيهِ الضَّمَانُ ؛ لِتَفْرِيطِهِ . وهذا قول بعض أصحاب الشافعى .

قال فى « الفائق » : ولو كَسَرَتِ الْبَابَ ، أَوْ فَتَحَتْهُ ، فَهَدَرَتْ ، وَلَوْ فَتَحَهُ آدَمِيٌّ ، ضَمِنَ .

تنبيه : قوله : وما أَفْسَدَتْ مِنَ الزَّرْعِ وَالشَّجَرِ لَيْلًا ، يَضْمَنُهُ رَبُّهَا . خَصَّصَ الضَّمَانُ بِالْأَمْرَيْنِ . وهكذا قال فى « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، وَجَمَاعَةٌ . قال فى « الفروع » : جَزَمَ بِهِ الْمُصَنِّفُ . وَلَعَلَّهُ أَرَادَ فى هَذَا الْكِتَابِ . وَذَكَرَهُ أَيْضًا رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ . وَجَزَمَ فى « الْمُعْنَى » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ سِوَى الزَّرْعِ . فَقَالَ فى « الْمُعْنَى »^(٣) : إِنْ أَتْلَفَتْ غَيْرَ الزَّرْعِ ، لَمْ يَضْمَنْ مَالُكُهَا ؛ نَهَارًا كَانَ أَوْ لَيْلًا . قال الحارثى ، وابنُ مُجَاجٍ : وَلَمْ أَجِدْهُ لِأَحَدٍ غَيْرِهِ . انْتَهَى . قلتُ : هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقَى ؛ لِاقْتِصَارِهِ عَلَيْهِ . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَضْمَنُ جَمِيعَ

(١) فى الأصل : « و » .

(٢) القراح : الأرض المحلاة للزروع وليس عليها بناء .

(٣) انظر : المعنى ٥٤٢/١٢ .

فصل : فَإِنْ أَتَلَفَتِ الْبَهِيمَةُ غَيْرَ الزَّرْعِ [٢٩٩/٤] وَالشَّجَرِ ، لَمْ يَضْمَنْ مَالِكُهَا مَا أَتَلَفَتْهُ ، لَيْلًا كَانَ أَوْ نَهَارًا ، مَا لَمْ تَكُنْ يَدُهُ عَلَيْهَا . وَحُكِيَ عَنْ شُرَيْحٍ أَنَّهُ قَضَى فِي شَاةٍ وَقَعَتْ فِي غَزَلٍ حَائِكٍ لَيْلًا ، بِالضَّمَانِ عَلَى صَاحِبِهَا ، وَقَرَأَ : ﴿ إِذْ نَفَسْتُمْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ ﴾ ^(١) . قَالَ : وَالنَّفْسُ لَا يَكُونُ إِلَّا بِاللَّيْلِ . وَعَنِ الثَّوْرِيِّ ، يَضْمَنْ وَإِنْ كَانَ نَهَارًا ؛ لِتَفْرِيطِهِ بِإِسَالِهَا . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْعَجَمَاءُ جَرَحُهَا جُبَارٌ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) . أَيْ هَذَرٌ . وَأَمَّا الْآيَةُ ، فَالنَّفْسُ هُوَ الرَّغْيُ بِاللَّيْلِ ، وَكَانَ هَذَا فِي الْحَرْثِ الَّذِي تُفْسِدُهُ الْبَهَائِمُ طَبْعًا بِالرَّغْيِ ، وَتَدْعُوها نَفْسُهَا إِلَى أَكْلِهِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ ، فَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ غَيْرِهِ عَلَيْهِ .

مَا أَتَلَفَتْهُ مُطْلَقًا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَكَافَّةُ الْأَصْحَابِ عَلَى التَّعْمِيمِ لِكُلِّ مَالٍ ، بَلْ مِنْهُمْ مَنْ صَرَّحَ بِالتَّسْوِيَةِ بَيْنَ الزَّرْعِ وَغَيْرِهِ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي فِي « الْمَجَرَّدِ » ، وَالسَّامَرِيُّ فِي « الْمُسْتَوْعَبِ » . قَالَ ابْنُ مُنَجَّيٍّ فِي « شَرْحِهِ » : خَصَّ الْمُصَنِّفُ الْحُكْمَ بِالزَّرْعِ وَالشَّجَرِ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ عِنْدَ الْأَصْحَابِ . انْتَهَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَجَزَمَ بِهِ جَمَاعَةٌ . انْتَهَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَائِقِ » أَيْضًا . وَقَالَ فِي « الْوَاضِحِ » : يَضْمَنْ مَا أَتَلَفَتْ لَيْلًا مِنْ سَائِرِ الْمَالِ ، بِحَيْثُ لَا يُنْسَبُ وَاضِعُهُ إِلَى تَفْرِيطٍ .

فائدة : لَوْ ادَّعَى صَاحِبُ الزَّرْعِ ، أَنَّ غَنَمَ فُلَانٍ نَفَسَتْ لَيْلًا ، وَوُجِدَ فِي الزَّرْعِ أَثَرُ غَنَمٍ ، قُضِيَ بِالضَّمَانِ عَلَى صَاحِبِ الْغَنَمِ . نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ .

(١) سورة الأنبياء ٧٨ .

(٢) تقدم تخريجه في ٥٨٧/٦ .

فصل : إذا استعار بهيمة فأتلفت شيئاً ، وهى فى ^(١) يدِ المُستعير ، فِضْمَانُهُ عَلَيْهِ ، سواءً كان المثلّف للمالكها أو لغيره ؛ لأنّ ضْمَانَهُ يَجِبُ باليدِ ، واليدُ للمُستعير . وإن كانت البهيمَةُ فى يدِ الرَّاعى ، فأتلفت زرعاً أو شَجَرًا ، فالضّمانُ على الرَّاعى دونَ المالكِ ؛ لأنّ إتلاف ذلك فى النهار لا يُضْمَنُ إلّا ببُتوثِ اليدِ عليها ، واليدُ للرّاعى دونَ المالكِ ، فضمنَ ، كالمُستعير . وإن كان الزرعُ للمالكِ وكان ليلاً ، ضَمِنَ أيضًا ؛ لأنّ ضمانةَ اليدِ أقوى ، بدليل أنه يُضْمَنُ فى الليلِ والنهارِ جميعًا .

وجعل الشيخُ تقي الدينَ هذا منَ القيافةِ فى الأموالِ ، وجعلها مُعْتَبَرَةً كَلِيقَافَةٍ فى الإنصافِ الأنسابِ . قاله فى « القاعدةِ الثالثة عشرة » . ويتخرّجُ وَجْهٌ ، لا يُكْتَفَى بذلك . قلتُ : ومحلُّ الخلافِ إذا لم يكنْ هناك غنمٌ لغيره .

قوله : ولا يُضْمَنُ ما أَفْسَدَتْ مِنْ ذلكِ نهارًا . ظاهرُهُ ؛ سواءً أَرْسَلَهَا بِقُرْبِ ما تَفْسِدُهُ عَادَةً ، أو لا . وهو أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ ، وهو ظاهرُ كلامِهِ فى « الهداية » ، و « المذهب » ، و « الخلاصة » ، وجماعة . وقَدَّمَهُ فى « الفروع » . قال الحارثيُّ : وهو الحقُّ ، وهو ظاهرُ كلامِ الأكثرينَ مِنْ أَهْلِ المذهبِ ، وصرّح به المُصَنِّفُ فى « المغنى » . وقال القاضى ، وجماعةٌ مِنَ الأصحابِ : لا يُضْمَنُ إلّا أنْ يُرْسَلَهَا بِقُرْبِ ما تُتْلِفُهُ عَادَةً ، فيُضْمَنُ . وذكره الحارثيُّ وغيره روايةً . وجزم به فى « المُحرَّر » ، و « النّظْم » ، و « الوجيز » ، و « الفائق » ، و « الرّعايتين » ، و « الحاوى الصّغير » ، و « الزّرْكشِي » . قلتُ : وهو الصّوابُ . وقاله القاضى فى مَوْضِعٍ . نقله الزّرْكشِي .

(١) سقط من : الأصل .

فوائد ؛ الأولى ، قال الحارثي : لو جرت عادة بعض النواحي برَبطها نهارًا ،
وبإرسالها وحفظ الزرع لَيْلًا ، فالحُكْمُ كذلك ؛ لأنَّ هذا نادرٌ ، فلا يُعتَبَرُ به في
التَّخصيص . الثانية ، إرسال الغاصب ، ونحوه ، مُوجبٌ للضَّمانِ ؛ نهارًا كان أو
لَيْلًا ، وإرسال المودع كإرسال المالك في انتفاء الضَّمانِ . قاله الحارثي أيضًا ،
والمُستَعِيرُ ، والمُستَأْجَرُ^(١) كذلك . ولو استأجر أجيرًا لحفظ دوابه ، فأرسلها
نهارًا ، فكذلك ، اللهمَّ إلا أن يشترط الكفَّ عن الزرع ، فيضمن ، فهو
كاشتراط المالك على المودع ضبطها نهارًا . الثالثة ، لو طرد دابةً من مزرعته ، لم
يضمن ما جنت ، إلا أن يَدْخُلَهَا مزرعة غيره ، فيضمن . وإن اتَّصَلَتِ المزارعُ ،
صَبَرَ ؛ ليرجع على صاحبها . ولو قدر أن يُخْرِجَهَا ، وله مُنْصَرَفٌ غير المزارع
فتركها ، فهدر . الرابعة ، الحطب الذي على الدابة ، إذا خرق ثوب آدمي بصير
عاقِل ، يجدُّ مُنْحَرَفًا ، فهو هدر . كذا لو كان مُسْتَدِيرًا ، وصاح به مُنْبَهًا له ، وإلا
ضَمِنَهُ فيها . ذكره في « التَّريغيب » ، واقتصر عليه في « الفروع » . الخامسة ،
لو أرسل طائرًا فافسَد ، أو لقط حبًّا ، فلا ضَمان . قاله الحارثي .^(٢) وقيل :
يضمن مُطلقًا . وهو الصَّحيح . صحَّحه ابنُ مُفْلِحٍ في « الآداب » ، وضعف
الأوَّل ، وكذلك صحَّحه ابنُ القَيِّمِ في « الطُّرُق الحُكْمِيَّة » ، ولم يذكرها في
« الفروع »^(٣) .

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٣) زيادة من : ١ .

وَمَنْ صَالَ عَلَيْهِ آدَمِيٌّ أَوْ غَيْرُهُ ، فَقَتَلَهُ دَفْعًا عَنْ نَفْسِهِ ، لَمْ يَضْمَنْهُ .

الشرح الكبير

٢٣٧٩ - مسألة : (وَمَنْ صَالَ عَلَيْهِ آدَمِيٌّ أَوْ غَيْرُهُ ، فَقَتَلَهُ دَفْعًا عَنْ نَفْسِهِ ، لَمْ يَضْمَنْهُ) لَأَنَّهُ قَتَلَهُ بِالْدَّفْعِ الْجَائِزِ ، فَلَمْ يَجِبْ ضَمَانُهُ . فَإِنْ كَانَ الصَّائِلُ بَهِيمَةً فَلَمْ يُمْكِنَهُ دَفْعُهَا إِلَّا بِقَتْلِهَا ، جَازَ لَهُ قَتْلُهَا إجماعًا ، وَلَا يَضْمَنْهَا إِذَا كَانَتْ لغيره . وهذا قول مالك ، والشافعي ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة : يَضْمَنْهَا ؛ لَأَنَّهُ أَتْلَفَ مَالَ غَيْرِهِ لِإِحْيَاءِ نَفْسِهِ ، فَضْمِنَهُ ، كَالْمُضْطَرِّ إِذَا أَكَلَ طَعَامَ غَيْرِهِ . وكذلك الخلافُ في غيرِ الْمُكَلَّفِ مِنَ الْآدَمِيِّينَ ، كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، يَجُوزُ قَتْلُهُ وَيَضْمَنْهُ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِبَاحَةَ نَفْسِهِ ، وَلِذَلِكَ ^(١) لَوْ ارْتَدَّ لَمْ يُقْتَلَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَتَلَهُ بِالْدَّفْعِ الْجَائِزِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ ، كَالْعَبْدِ ، وَلَأَنَّهُ حَيَوَانٌ [٢٩٩/٤ ظ] جَازَ إِتْلَافُهُ ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ ، كَالْآدَمِيِّ الْمُكَلَّفِ ، وَلَأَنَّهُ قَتَلَهُ لِدَفْعِ شَرِّهِ ، فَأُشْبِهَ الْعَبْدَ ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا

قوله : وَمَنْ صَالَ عَلَيْهِ آدَمِيٌّ أَوْ غَيْرُهُ ، فَقَتَلَهُ دَفْعًا عَنْ نَفْسِهِ ، لَمْ يَضْمَنْهُ . هذا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ وَالْعِشْرِينَ » : لَوْ دَفَعَ صَائِلًا عَلَيْهِ بِالْقَتْلِ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ، وَلَوْ دَفَعَهُ عَنْ غَيْرِهِ بِالْقَتْلِ ، ضَمِنَهُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَفِي « الْفَتَاوَى الرَّجَبِيَّاتِ » عَنْ ابْنِ عَقِيلٍ ، وَابْنِ الزَّائِغُونِيِّ ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ أَيْضًا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةٌ بِالْمَنْعِ مِنْ قِتَالِ اللَّصُوصِ فِي الْفِتْنَةِ ، فَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ وَجُوبُ الضَّمَانِ بِالْقَتْلِ ؛ لَأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْهُ إِذَنْ ، وَهَذَا لَا عَمَلَ عَلَيْهِ . انْتَهَى . قُلْتُ : أَمَّا وَرُودُ الرُّوَايَةِ [٢٠٤/٢ ظ] بِذَلِكَ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَكَذَلِكَ » .

قَتَلَهُ لَدَفْعِ شَرِّهِ ، كَانَ الصَّائِلُ هُوَ الْقَاتِلَ لِنَفْسِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ نَصَبَ حَرْبَةً فِي طَرِيقِهِ فَقَذَفَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا فَمَاتَ بِهَا . وَفَارَقَ الْمُضْطَرُّ ، فَإِنَّ الطَّعَامَ لَمْ يُلْجِئْهُ إِلَى إِتْلَافِهِ وَلَمْ يَصُدِّرْ مِنْهُ مَا يُزِيلُ عِصْمَتَهُ ، وَلِهَذَا لَوْ « قَتَلَ الْمُحْرِمُ صَيْدًا »^(١) لَصِيَالِهِ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ، وَلَوْ قَتَلَهُ « لِاضْطِرَارِهِ إِلَيْهِ ، ضَمِنَهُ ، وَلَوْ قَتَلَ الْمُكَلَّفُ لَصِيَالِهِ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ، وَلَوْ قَتَلَهُ^(٢) لِيَأْكُلَهُ فِي الْمَخْمَصَةِ ، وَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، وَغَيْرُ الْمُكَلَّفِ كَالْمُكَلَّفِ فِي هَذَا . وَقَوْلُهُمْ : لَا يَمْلِكُ إِبَاحَةَ نَفْسِهِ . قُلْنَا : وَالْمُكَلَّفُ لَا يَمْلِكُ إِبَاحَةَ نَفْسِهِ ، وَلَوْ قَالَ : أَبَحْتُ دَمِي . لَمْ يُبَحِّ ، مَعَ أَنَّهُ إِذَا صَالَ فَقَدْ أُبِيحَ دَمُهُ بِفِعْلِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ ، كَالْمُكَلَّفِ .

فَمُسَلَّمٌ ، وَأَمَّا وَجُوبُ الضَّمَانِ بِالْقَتْلِ ، فَقِيَ النَّفْسُ مِنْ هَذَا شَيْءٌ . وَخَرَجَ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ قَوْلًا بِالضَّمَانِ بِقَتْلِ الْبَهِيمِ الصَّائِلِ ؛^(٣) بِنَاءً عَلَى مَا قَالَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي الصَّيْدِ الصَّائِلِ^(٤) عَلَى الْمُحْرِمِ . وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ أَيْضًا ، فِي آخِرِ بَابِ الْمُحَارِبِينَ ، بَأْتَمَ مِنْ هَذَا ، وَمَسَائِلُ أُخَرُ . إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فَائِدَةٌ : لَوْ حَالَتْ بِهَيْمَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَالِهِ ، وَلَمْ يَصِلْ إِلَيْهِ إِلَّا بِقَتْلِهَا ، فَقَتَلَهَا ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَضْمَنَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَضْمَنَ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَأَطْلَقَهُمَا الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ : قَدْ يَقْرُبُ مِنْ ذَلِكَ مَا لَوْ أَنْفَرَشَ الْجَرَادُ فِي طَرِيقِ الْمُحْرِمِ ، بِحَيْثُ إِنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْمُرُورِ إِلَّا بِقَتْلِهِ ، هَلْ يَضْمَنُهُ ، أَمْ لَا ؟ عَلَى مَا تَقَدَّمَ . وَيَأْتِي نَظِيرُهَا فِي آخِرِ كِتَابِ الدِّيَّاتِ .

(١ - ١) فِي م : « قَتَلَهُ » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : تَش ، م .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

وَإِنْ اضْطَدَمَتِ سَفِينَتَانِ فَعَرَقَتَا ، ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَفِينَةَ
الْمَقْعِ الْآخَرَ وَمَا فِيهَا .

٢٣٨٠ - مسألة : (وَإِنْ اضْطَدَمَتِ سَفِينَتَانِ فَعَرَقَتَا ، ضَمِنَ كُلُّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَفِينَةَ الْآخَرِ وَمَا فِيهَا) إِذَا اضْطَدَمَتِ سَفِينَتَانِ مُتَسَاوِيَتَانِ ؛
كَاللَّتَيْنِ فِي بَحْرٍ أَوْ مَاءٍ وَاقِفٍ ، فَإِنْ كَانَ الْقِيَمَانِ مُفْرَطَيْنِ ، ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا سَفِينَةَ الْآخَرِ بِمَا فِيهَا مِنْ نَفْسٍ وَمَالٍ ، كَالْفَارِسَيْنِ إِذَا تَصَادَمَا ، وَإِنْ
لَمْ يَكُونَا مُفْرَطَيْنِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَضْمَنُ . فِي أَحَدِ
الْقَوْلَيْنِ ^(١) ؛ لِأَنَّهُمَا فِي أَيْدِيهِمَا ، فَضَمِنَا ، كَمَا لَوْ اضْطَدَمَ فَارِسَانِ لَعَلَبَةٍ
الْفَرَسَيْنِ لَهَا . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَلَّاحَيْنِ لَا يُسَيِّرَانِ السَّفِينَتَيْنِ بِفَعْلِهِمَا ، وَلَا
يُمْكِنُهُمَا ضَبْطُهُمَا فِي الْغَالِبِ وَلَا الْاخْتِرَازُ مِنْ ذَلِكَ ، فَأُشْبِهَ الصَّاعِقَةَ إِذَا
نَزَلَتْ فَأَحْرَقَتْ سَفِينَةً ، وَيُخَالِفُ الْفَرَسَيْنِ ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ ضَبْطُهُمَا

قوله : وَإِنْ اضْطَدَمَتِ سَفِينَتَانِ ، فَعَرَقَتَا ، ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَفِينَةَ الْآخَرِ
وَمَا فِيهَا . ^(٢) هَكَذَا أُطْلِقَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ : مَحَلُّهُ إِذَا
فَرَطَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : إِنْ فَرَطَ ، ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ سَفِينَةَ الْآخَرِ وَمَا فِيهَا ^(٣) ، وَإِنْ لَمْ
يُفَرِّطْ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا . حَكَاهُ الْمُصَنِّفُ فِي « كِتَابِيهِ » ، وَمَنْ عَدَاهُ
مِنَ الْأَصْحَابِ . وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى نَحْوِهِ مِنْ رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ . مَعَ أَنَّ إِطْلَاقَ الْمَتْنِ
لَا يَقْتَضِيهِ ، غَيْرَ أَنَّ الْإِطْلَاقَ مُقَيَّدٌ بِحَالَةِ التَّفْرِيطِ الَّتِي قَدَّمْنَاهَا ، عَلَى مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ
الْأَصْحَابُ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ عِلْمُهُ بَيْنَهُمْ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَإِنْ

(١) فِي تَشْ ، م : « الْوَجْهَيْنِ » .

(٢-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

والاختيرازُ من طَرْدِهِمَا . وإن كان أحدهما مُفَرِّطًا وحده ، ضَمِنَ وحده .
 وإن اختلفا في تَفْرِيطِ الْقَيِّمِ ولا بَيِّنَةٍ ، فالقولُ قوله مع يَمِينِهِ ؛ لأنَّ الْأَصْلَ
 عَدَمُهُ ، وهو أَمِينٌ ، أَشْبَهَ الْمُودَعَ . وعند الشَّافِعِيِّ أَنَّهُمَا إِذَا (١) كانا
 مُفَرِّطَيْنِ ، فعلى كُلِّ واحدٍ مِنَ الْقَيِّمَيْنِ ضَمَانُ نِصْفِ سَفِينَتِهِ وَنِصْفِ سَفِينَةِ
 صَاحِبِهِ ، وقال مثل ذلك في الْفَارِسَيْنِ الْمُصْطَلِدَيْنِ (٢) ، وَسَدَّكَرُهُ ، إن
 شاء الله تعالى . [٣٠٠/٤] والتَّفْرِيطُ أن يكونَ قَادِرًا على ضَبْطِهَا أو رَدِّهَا
 عن الأُخْرَى فلم يَفْعَلْ ، أو أَمَكَّنَهُ أن يَعدِلَهَا إلى نَاحِيَةٍ أُخْرَى فلم يَفْعَلْ ،
 أو لم يُكْمِلْ آلتَهَا مِنَ الرِّجَالِ وَالْحِبَالِ وَغَيْرِهَا .

اضْطَلَمَت سَفِينَتَانِ فَعَرَقَتَا ، ضَمِنَ كُلُّ واحدٍ مِنْهُمَا مُتَلَفَ الْآخَرِ . وفي
 « الْمُعْنَى » ، إن فَرَطَا . وقاله في « الْمُنتَخَبِ » ، وَأَنَّهُ ظَاهِرٌ كَلَامِهِ . انتهى .
 وجَزَمَ بما قاله الْحَارِثِيُّ في « الرَّعَايَةِ » وَغَيْرِهَا .

تَبْيِيهِ : حيثُ قُلْنَا بِالضَّمَانِ ، فَيُضْمَنُ كُلُّ واحدٍ مِنْهُمَا سَفِينَةَ الْآخَرِ وما فيها ،
 كما قال الْمُصَنِّفُ . وهو المذهبُ ، وعليه الْأَصْحَابُ . وقال الْحَارِثِيُّ : قال
 الشَّافِعِيُّ : على كُلِّ واحدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الضَّمَانِ ؛ لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي السَّبَبِ ؛ فَإِنَّهُ
 حَصَلَ مِنْ كُلِّ واحدٍ بِفَعْلِهِ وَفَعْلِ صَاحِبِهِ ، فَكَانَ مُهْدِرًا فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، مَضْمُونًا
 فِي حَقِّ الْآخَرِ ، كما في التَّلَفِ مِنْ جِرَاحَةِ نَفْسِهِ وَجِرَاحَةِ غَيْرِهِ . قال الْحَارِثِيُّ : وهذا
 لَهُ قُوَّةٌ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُنْحَدِرَةً ، فَعَلَى صَاحِبِهَا ضَمَانُ الْمُنْعِدَةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَلْبُهُ رِيحٌ ، فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى ضَبْطِهَا .

الشرح الكبير

٢٣٨١ - مسألة : (وإن كانت إحداهما مُنْحَدِرَةً ، فعلى صاحبها ضَمَانُ الْمُنْعِدَةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَلْبُهُ رِيحٌ ، فلم يَقْدِرْ عَلَى ضَبْطِهَا) متى كان قِيَمُ الْمُنْحَدِرَةِ مُفَرِّطًا ، فعليه ضَمَانُ الصَّاعِدَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَنْحَطُّ عَلَيْهَا مِنْ عُلُوٍّ فَيَكُونُ ذَلِكَ سَبَبًا لَفَرْقِهَا ، فتَنَزُّلُ الْمُنْحَدِرَةِ بِمَنْزِلَةِ السَّائِرِ ، والصَّاعِدَةِ بِمَنْزِلَةِ الْوَاقِفِ ، إِذَا اضْطَدَّ مَا . وَإِنْ غَرِقَتْمَا جَمِيعًا ، فلا شَيْءَ عَلَى الْمُنْعِدِ ، وَعَلَى الْمُنْحَدِرِ قِيَمَةُ الْمُنْعِدَةِ ، أَوْ أَرُشُ مَا نَقَصَتْ إِنْ لَمْ تَتَلَفْ كُلُّهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ التَّفْرِيطُ مِنَ الْمُنْعِدِ ، بِأَنْ يُمَكِّنَهُ الْعُدُولُ بِسَفِينَتِهِ ، وَالْمُنْحَدِرُ

الإنصاف

قوله : (وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُنْحَدِرَةً ، فعلى صاحبها ضَمَانُ الْمُنْعِدَةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَلْبُهُ رِيحٌ ، فلم يَقْدِرْ عَلَى ضَبْطِهَا . وهذا المذهب ، نصٌّ عليه ، وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « الْفَائِق » ، و « الْحَارِثِيُّ » ، وغيرهم مِنَ الْأَصْحَابِ . وفي « الْوَاضِح » وَجْهٌ ، لَا تُضْمَنُ مُنْحَدِرَةٌ . وقال في « التَّرْغِيبِ » : السَّفِينَةُ كِدَابَّةٌ ، وَالْمَلَأُحُ كَرَائِبُ .

تنبيه : قال الحارثيُّ : وسواءُ فَرَطَ الْمُنْعِدُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ أَوْ لَا ، عَلَى مَا صَرَّحَ بِهِ فِي « الْكَافِي » . وَأُطْلِقَهُ الْأَصْحَابُ ، وَأَحْمَدُ . وقال في « الْمُعْنَى » (١) : إِنْ فَرَطَ الْمُنْعِدُ ؛ بِأَنْ أَمَكَّنَهُ الْعُدُولُ بِسَفِينَتِهِ ، وَالْمُنْحَدِرُ غَيْرُ قَادِرٍ وَلَا مُفَرِّطٍ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُنْعِدِ ؛ لِأَنَّهُ الْمُفَرِّطُ . قال الحارثيُّ : وهذا صَرِيحٌ فِي أَنَّ الْمُنْعِدَ يُؤَاخَذُ بِتَفْرِيطِهِ .

(١) انظر : المعنى ١٢ / ٥٤٩ .

غير قادرٍ ولا مُفَرِّطٍ ، فيكون الضَّمانُ على المُضْعِدِ . وإن لم يكن من واحدٍ منهما تَفْرِيطٌ ، لكن هاجت رِيحٌ ، أو كان الماءُ شَدِيدَ الحَرِيَةِ فلم يُمكنه ضَبْطُها ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّهُ لا يَدْخُلُ في وَسْعِهِ ، وَلَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا . فإن كانت إِحْدَى السَّفِينَتَيْنِ واقفةً والأُخْرَى سائِرةً ، فلا شَيْءَ على الواقِفةِ ، وعلى السائِرةِ ضَمانُ الواقِفةِ إن كان القِيمُ مُفَرِّطًا ، ولا ضَمانَ عليه إذا لم يُفَرِّطْ ، على ما ذَكَرْنَا .

فصل : فإن خيفَ على السَّفِينَةِ العَرَقُ ، فَأَلْقَى بعضُ الرُّكبانِ مَتاعَهُ لِتَخِفٍّ وَتَسَلَّمَ مِنَ العَرَقِ ، لم يَضْمَنْهُ أَحَدٌ ؛ لأنَّهُ أَتْلَفَ مَتاعَ نَفْسِهِ باخْتِيَارِهِ لِصَلاحِهِ وَصَلاحِ غَيْرِهِ . وإن أَلْقَى مَتاعَ غَيْرِهِ بغيرِ إِذْنِهِ ، ضَمِنَهُ وَحْدَهُ ،

فائدَتان ؛ إِحْداهما ، يُقْبَلُ قَوْلُ المَلَّاحِ : إنَّ تَلَفَ المالِ بَعْلَبَةِ رِيحٍ . ولو تَعَمَّدَا الصَّدَمَ ، فَشَرِيكَانِ فِي إِتْلافِ كُلِّ منهما ، وَمَنْ فِيهما . فإن قُتِلَ فِي الغالِبِ ، فالقَوْدُ ، وإِلَّا شَبُهَ عَمْدٍ ، ولا يَسْقُطُ فِعْلُ المُصَادِمِ فِي حَقِّ نَفْسِهِ مَعَ عَمْدٍ . ولو حَرَقَهَا عَمْدًا أو شَبَهَهُ ، أو خَطَأً ، عَمِلَ على ذلك . قاله في « الفروع » . وقال الحارثِيُّ : إنَّ عَمْدَ ما لا يُهْلِكُ غالِبًا ، فَشَبُهَ عَمْدٍ . وكذا ما لو قَصَدَ إِصْلاحَها ، فَقَلَعَ لَوْحًا ، أو أَصْلَحَ مِسْمارًا ، فَحَرَقَ مَوْضِعًا . حَكَاه القاضِي وَغَيْرُهُ . وقال المُصَنِّفُ فِي « المُعْنَى » ^(١) : والصَّحِيحُ أَنَّهُ خَطَأً مُحَضَّرٌ ؛ لأنَّهُ قَصَدَ فِعْلاً مُباحًا . وهل يَضْمَنُ مَنْ أَلْقَى عِدْلًا مَمْلُوءًا بِسَفِينَةٍ ، فَعَرَّقَهَا ، ما فيها ، أو نِصْفَهُ ، أو بَحِصَّتَهُ ؟ قال في « الفروع » : يَحْتَمِلُ أَوْجُها . قلتُ : هي شَبِيهَةٌ بما إذا جاوزَ بالدَّابَّةِ مَكَانَ الإِجَارَةِ ، أو حَمَلَهَا زِيادَةً على المَأْجُورِ ، قَتَلَتْ ، أو زادَ على الحَدِّ

(١) انظر : المعنى ٥٥١/١٢ .

وإن قال لغيره : أَلْقِ مَتَاعَكَ . فَقِيلَ مِنْهُ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْتَزِمْ ضَمَانَهُ .
وإن قال : أَلْقِهِ وَأَنَا ضَامِنٌ لَهُ . أَوْ : عَلَى قِيَمَتِهِ . لَزِمَهُ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ
مَالَهُ بِعَوَضٍ لِمَصْلَحَةٍ ، فَوَجَبَ لَهُ الْعَوَضُ عَلَى مَنْ التَزَمَهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ :
أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ وَعَلَى ثَمَنِهِ . وَإِنْ قَالَ : أَلْقِهِ ، وَعَلَى وَعَلَى رُكَّابِ السَّفِينَةِ
ضَمَانَهُ . فَأَلْقَاهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزِمُهُ ضَمَانُهُ وَحْدَهُ . ذَكَرَهُ
أَبُو بَكْرٍ . وَهُوَ نَصُّ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ التَزَمَ ضَمَانَ جَمِيعِهِ ، فَلَزِمَهُ مَا التَزَمَهُ .
وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ كَانَ ضَمَانُ اشْتِرَاكِ ، مِثْلَ [٣٠٠ / ٤] ظ أَنْ يَقُولَ : نَحْنُ
نَضْمَنُ لَكَ . أَوْ قَالَ : عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَّا ضَمَانٌ قِسْطُهُ أَوْ رُبْعُ مَتَاعِكَ .
لَمْ يَلْزِمَهُ إِلَّا مَا يَخُصُّهُ مِنَ الضَّمَانِ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛
لِأَنَّهُ لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا حِصَّتَهُ ، وَإِنَّمَا أَخْبَرَ عَنِ الْبَاقِينَ بِالضَّمَانِ فَسَكَّنُوا ،
وَسَكُّوتُهُمْ لَيْسَ بِضَمَانٍ . وَإِنْ التَزَمَ ضَمَانُ الْجَمِيعِ وَأَخْبَرَ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ

سَوَاطٍ ، فَقَتَلَهُ . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ هُنَا ، أَنَّهُ يَضْمَنُهُ جَمِيعَهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ .
وَيَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي كِتَابِ الْحُدُودِ ، فَكَذَلِكَ هُنَا . وَجَزَمَ فِي
« الْفُصُولِ » ، أَنَّهُ يَضْمَنُ جَمِيعَ مَا فِيهَا . ذَكَرَهُ فِي أَثْنَاءِ الْإِجَارَةِ ، وَجَعَلَهُ أَضْلًا لَمَّا إِذَا
زَادَ عَلَى الْحَدِّ سَوَاطٍ ، فِي وُجُوبِ الدِّيَةِ كَامِلَةً . وَكَذَلِكَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى »
جَعَلَهَا أَضْلًا فِي وُجُوبِ ضَمَانِ الدَّائِيَةِ كَامِلَةً ، إِذَا جَاوَزَ بِهَا مَكَانَ الْإِجَارَةِ ، أَوْ زَادَ
عَلَى الْحَدِّ سَوَاطٍ . وَلَوْ أَشْرَفَتْ عَلَى الْغَرَقِ ، فَعَلَى الرُّكْبَانِ إِنْقَاءُ بَعْضِ الْأَمْتَعَةِ حَسَبِ
الْحَاجَةِ ، وَيَحْرُمُ إِنْقَاءُ الدَّوَابِّ ، حَيْثُ أَمْكَنَ التَّخْفِيفُ بِالْأَمْتَعَةِ ، وَإِنْ أَلْجَأَتْ
ضَرُورَةٌ إِلَى إِنْقَائِهَا ، جَازَ ؛ صَوْنًا لِلْأَدْمِيَّةِ . وَالْعَبِيدُ كَالْأَحْرَارِ . وَإِنْ تَقَاعَدُوا عَنِ
الْإِنْقَاءِ مَعَ الْإِمْكَانِ ، أَثِمُوا . وَهَلْ يَجِبُ الضَّمَانُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، اخْتَارَ الْمُصَنِّفُ

منهم بمثل ذلك ، لَزِمَهُ ضَمَانُ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَ الْكُلَّ . وَإِنْ قَالَ : أَلْقَاهُ عَلَى أَنْ أَضْمَنَهُ لَكَ أَنَا وَرُكْبَانُ السَّفِينَةِ ، فَقَدْ أَذِنُوا لِي فِي ذَلِكَ . فَانْكُرُوا الْإِذْنَ ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِلْجَمِيعِ . وَإِنْ قَالَ : أَلْقَى مَتَاعِي وَتَضَمَّنْتُه ؟ فَقَالَ : نَعَمْ . ضَمِنَتْهُ لَهُ . وَإِنْ قَالَ : أَلْقَى مَتَاعَكَ ، وَعَلَى ضَمَانِ نِصْفِهِ ، وَعَلَى أُخَى ضَمَانٍ مَا بَقِيَ . فَالْقَاهُ ، فَعَلِيهِ ضَمَانُ النِّصْفِ وَحْدَهُ ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَضْمَنْ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : إِذَا خَرَقَ سَفِينَةً فَعَرِقَتْ بِمَا فِيهَا ، وَكَانَ عَمْدًا ، وَهُوَ مِمَّا يُعْرِقُهَا غَالِبًا وَيُهْلِكُ مَنْ فِيهَا ؛ لَكُونَهُمْ فِي اللَّجَّةِ ، أَوْ لَعَدَمِ مَعْرِفَتِهِمْ بِالسَّبَاحَةِ ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ إِنْ قُتِلَ مَنْ يَجِبُ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ ، وَعَلِيهِ ضَمَانُ السَّفِينَةِ بِمَا فِيهَا مِنْ مَالٍ وَنَفْسٍ . وَإِنْ كَانَ خَطَأً ، فَعَلِيهِ ضَمَانُ الْعَبِيدِ ، وَدِيَةُ الْأَحْرَارِ عَلَى عَاقِلَتِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا خَطَأً ، مِثْلَ أَنْ أَخَذَ السَّفِينَةَ لِيُصْلِحَ مَوْضِعًا ، فَقَلَعَ لَوْحًا ، أَوْ يُصْلِحَ مِسْمَارًا فَتَقَبَّ مَوْضِعًا ، فَهُوَ عَمْدٌ الْخَطَأُ . ذَكَرَهُ

وغيره عدمه . وَالثَّانِي ، يَضْمَنْ . وَأُطْلِقَهُمَا الْحَارِثِيُّ . وَلَوْ أَلْقَى مَتَاعَهُ ، وَمَتَاعَ غَيْرِهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى أَحَدٍ . ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَإِنْ امْتَنَعَ مِنَ الْقَاءِ مَتَاعَهُ ، فَلِلْغَيْرِ إِقَاؤُهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ ؛ دَفْعًا لِلْمُفْسَدَةِ ، لَكِنْ يَضْمَنُهُ . قَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَعَنْ مَالِكٍ ، لَا يَضْمَنْ ؛ [٢٠٥/٢] اِعْتِبَارًا بِدَفْعِ الصَّائِلِ . قَالَ : وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُهُ ؛ بِنَاءً عَلَى انْتِفَاءِ الضَّمَانِ بِمَا لَوْ أُرْسِلَ صَيْدًا مِنْ يَدِ مُحْرَمٍ . قُلْتُ : وَهَذَا الصَّوَابُ . وَتَقَدَّمَ فِي آخِرِ الضَّمَانِ بَعْضُ ذَلِكَ ، وَمَسَائِلُ أُخَرُ تَتَعَلَّقُ بِهَذَا ، فَلْيُعَاوِذْ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ كَانَتْ إِحْدَاهَا وَاقِفَةً ، وَالْأُخْرَى سَائِرَةً ،

وَمَنْ أَتْلَفَ مِزْمَارًا ، أَوْ طُنْبُورًا ، أَوْ صَلِيلًا ،
المقنع

الشرح الكبير

القاضي . وهو مذهبُ الشافعي . والصحيحُ أن هذا خطأ محض ؛ لأنه قصدُ فعلًا مباحًا ، فأفصى إلى التلّف لما لم يُردّه ، فأشبهه ما لو رمى صيدًا فأصاب آدميًا فقتله ، ولكن إن قصد قلع اللّوح في موضع الغالب أنّه لا يتلّفها فأتلفها ، فهو عمدُ الخطأ ، فيه ما فيه .

٢٣٨٢ - مسألة : وإن كسر (مِزْمَارًا ، أَوْ طُنْبُورًا ، أَوْ صَلِيلًا) لم يضمنه . وقال الشافعي : إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفعٍ مباح ، وإذا كسر لم يصلح ، لزمه ما بين قيمته مفصلًا ومكسورًا ؛ لأنه أتلف بالكسر ماله قيمةً ، وإن كان لا يصلح لمنفعةٍ مباحةٍ ، لم يضمن . وقال أبو حنيفة :

فعلی قِیمِ السَّائِرَةِ ضَمَانُ الْوَاقِعَةِ ، إِنْ فَرَطَ ، وَإِلَّا فَلَا . ذكره المصنّف ، والإنصاف ، والقاضي ، والشارح ، وصاحب « الفروع » ، وغيرهم . ويأتي في كلام المصنّف ، في أوائل كتاب الديات ، إذا اضطدم نفسان ، أو أركب صبيّين فاضطدما ، ونحوهما .

قوله : وَمَنْ أَتْلَفَ مِزْمَارًا ، أَوْ طُنْبُورًا ، أَوْ صَلِيلًا ، أَوْ كَسَرَ إِنَاءَ فِضَّةٍ ، أَوْ ذَهَبٍ ، أَوْ إِنَاءَ خَمْرٍ ، لم يضمنه . وكذا العود ، والطبل ، والترّد ، وآلة السحر ، والتعزيم ، والتنجيم ، وصور خيال ، والأوثان ، والأصنام ، وكتب المبتدعة المضلّة ، وكتب الكفر ، ونحو ذلك . وهذا المذهب في ذلك كله . وجزم به في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الفائق » ، وغيرهم من الأصحاب ، في الثلاثة الأولى ، وقدموه في الباقي من كلام المصنّف ، وصحّحوه . وجزم به في « الوجيز » وغيره ، في الجميع . قال ناظم « المفردات » : لا ضمان في

المقنع أو كَسَرَ إِنْاءَ فِضَّةٍ أَوْ ذَهَبٍ ،

الشرح الكبير

يَضْمَنُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ ، كَالْمَيْتَةِ ، وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنْ اللَّهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ » [٣٠١/٤] وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « بُعِثْتُ بِمَحَقِّ الْقَيْنَاتِ وَالْمَعَارِفِ » ^(٢) .

٢٣٨٣ - مسألة : وإن (كَسَرَ) آنيَةً (فِضَّةٍ أَوْ ذَهَبٍ) لم يَضْمَنْهَا . وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَةً أُخْرَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَضْمَنُ ، فَإِنَّ مُهْنًا نَقَلَ عَنْهُ ، فِي مَنْ هَشَمَ عَلَى غَيْرِهِ إِبْرِيْقَ فِضَّةٍ : عَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، يَصُوغُهُ

الإنصاف

الْمَشْهُورِ . وَهُوَ مِنْهَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، يَضْمَنُ غَيْرَ الصَّلِيبِ مِمَّا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ . وَأُطْلِقَ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، فِي ضَمَانِ كَسْرِ آنيَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَمْرِ ، رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَ فِي « التَّلْخِصِ » ، فِي ضَمَانِ كَسْرِ أَوَانِيِ الْخَمْرِ وَشَقِّ ظُرُوفِهِ ، رِوَايَتَيْنِ . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ^(٣) : حَكَى أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَةً بَأَنَّهُ يَضْمَنُ ، إِذَا كَسَرَ أَوَانِيِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَحَكَاهَا الْقَاضِي يَعْقُوبُ فِي « تَعْلِيْقِهِ » ، وَأَبُو الْحُسَيْنِ فِي « التَّمَامِ » ، وَأَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ فِي « الْمُفْرَدَاتِ » ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : إِنْ أُريدَ ضَمَانُ الْإِجْزَاءِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ إِيْرَادِهِمْ ؛ فَإِنَّ بَعْضَهُمْ عَلَّاهُ بِجَوَازِ الْمُعَاوَضَةِ عَلَيْهَا ، وَالْقَطْعِ بِسَرِقَتِهَا ، فُمَسَّلَمٌ ، وَلَكِنْ لَيْسَ مَحَلُّ التَّزَاعِ ؛ لِأَنَّهُ لَا خِلَافَ فِيهِ . وَإِنْ أُريدَ ضَمَانُ الْأَرْضِ ، وَهُوَ فَرَضُ

(١) تقديم تخريجه في ٣٠٧/٢ ، حاشية (٢) .

(٢) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٧/٥ ، ٢٦٨ .

(٣) انظر : المعنى ٤٢٨/٧ .

كما كان . فْقِيلَ لَهُ : أَلَيْسَ قَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ اتِّخَاذِهَا ^(١) ؟ فَسَكَتَ .
وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ فِي مَنْ كَسَرَ إِبْرِيْقَ
فِضَّةٍ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . لِأَنَّهُ اتَّلَفَ مَا لَيْسَ بِمُبَاحٍ ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ ، كَالْمَيْتَةِ .
وَرِوَايَةُ مُهَنَّاتِدُلٍّ عَلَى أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ قَوْلِهِ ذَلِكَ ؛ لَكَوْنِهِ سَكَتَ حِينَ ذَكَرَ
السَّائِلُ النَّهْيَ عَنْهُ ، وَلِأَنَّ ^(٢) فِي رِوَايَةِ مُهَنَّاتِدُلٍّ أَنَّهُ قَالَ : يَصُوغُهُ . وَلَا تَحِلُّ
صِنَاعَتُهُ ، فَكَيْفَ تَجِبُ ؟ !

الْمَسْأَلَةُ ، فَلَا أَعْلَمُ لَهُ وَجْهًا . وَذَكَرَ مَا أَخَذَهُمْ مِنَ الرِّوَايَةِ ، وَرَدَّهُ . وَعَنْهُ ، يَضْمَنُ
أَنِةَ الْخَمْرِ ، إِنْ كَانَ يُنْتَفَعُ بِهَا فِي غَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، يَضْمَنُ غَيْرَ آلَةِ اللَّهِوِ مِمَّا ذَكَرَهُ
الْمُصَنِّفُ . وَعَنْهُ ، لَا يَضْمَنُ غَيْرَ الدُّفِّ . وَأُطْلِقَ فِي « الرَّعَايَةِ » ، فِي ضَمَانِ دُفِّ
الصُّنُوجِ رِوَايَتَيْنِ . وَعَنْهُ ، لَا يَضْمَنُ دُفُّ الْعُرْسِ ، أَعْنَى ، الَّتِي لَيْسَ فِيهَا صُنُوجٌ ،
ذَكَرَهَا الْحَارِثِيُّ . وَحَكَى الْقَاضِي فِي كِتَابِ « الرِّوَايَتَيْنِ » رِوَايَةً بِجَوَازِ إِتْلَافِهِ فِي
اللَّعِبِ بِمَا عَدَا النِّكَاحَ . وَرَدَّهُ الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ فِي « الْفُنُونِ » : يَحْتَمِلُ أَنْ يَضْمَنَ آلَةُ
اللَّهُوِ ، إِذَا كَانَ يُرْغَبُ فِي مَادَّتِهَا ؛ كَعُودٍ ، وَدَاقُورَةٍ .

(١) أخرجه البخاري ، في : باب الأمر باتباع الجنائز ، من كتاب الجنائز ، وفي : باب حق إجابة الويتمة
والدعوة ... ، من كتاب النكاح ، وفي : باب خواتيم الذهب ، من كتاب اللباس . صحيح البخاري ٢ / ٩٠ ،
٣١ / ٢٠٠ . ومسلم ، في : باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة ... ، من كتاب اللباس . صحيح مسلم
٣ / ١٦٣٥-١٦٣٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية لبس المعصفر للرجل والقسي ، من أبواب
الأدب . عارضة الأخوذى ١٠ / ٢٥٢ . والنسائي ، في : باب الأمر باتباع الجنائز ، من كتاب الجنائز . المجتبى
٤٤ / ٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٢٨٤ ، ٢٩٩ ، ٥ / ٣٨٥ ، ٤٠٨ .
(٢) في م : « وليس » .

أَوْ [١٤٢ط] إِنَاءَ خَمْرٍ ، لَمْ يَضْمَنْهُ . وَعَنْهُ ، يَضْمَنُ آيَةَ
الْخَمْرِ إِنْ كَانَ يُتَتَفَعُ بِهَا فِي غَيْرِهِ .

٢٣٨٤ - مسألة : وَإِنْ كَسَرَ (إِنَاءَ خَمْرٍ ، لَمْ يَضْمَنْهُ) فِي أَصَحِّ
الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، قَالَ : أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ آتِيَهُ
بُمُدِّيَةِ ، وَهِيَ الشَّفْرَةُ ، فَأَتَيْتُهُ بِهَا ، فَأَرْسَلَ بِهَا فَأَرْهَفْتُ ، ثُمَّ أَعْطَانِيهَا
وَقَالَ : « اَعْدُ عَلَيَّ بِهَا » . فَفَعَلْتُ ، فَخَرَجَ بِأَصْحَابِهِ إِلَى أَسْوَاقِ الْمَدِينَةِ ،
وَفِيهَا زِقَاقُ الْخَمْرِ قَدْ جُلِبَتْ مِنَ الشَّامِ ، فَأَخَذَ الْمُدِّيَةَ مِنِّي ، فَشَقَّ مَا كَانَ
مِنْ تِلْكَ الزِّقَاقِ بِحَضْرَتِهِ كُلِّهَا ، وَأَمَرَ أَصْحَابَهُ الَّذِينَ كَانُوا مَعَهُ أَنْ يَمْضُوا
مَعِيَ ، وَيُعَاوَنُونِي ، وَأَمَرَنِي أَنْ آتِيَ الْأَسْوَاقَ كُلِّهَا ، فَلَا أُجِدُ فِيهَا زِقَاقَ خَمْرٍ

تنبيه : مَحَلُّ الْخِلَافِ فِي آيَةِ الْخَمْرِ ، إِذَا كَانَ مَأْمُورًا بِإِرَاقَتِهَا . وَاعْلَمْ أَنَّ ظَاهِرَ
كَلَامِ الْمُصَنِّفِ فِي آيَةِ الْخَمْرِ ، أَنَّهُ سَوَاءٌ قَدَّرَ عَلَى إِرَاقَتِهَا بَدُونِ تَلْفِ الْإِنَاءِ ، أَوْ لَا .
وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . نَقَلَهُ الْمَرْوُذِيُّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَنَقَلَ
الْأَثَرُومُ وَغَيْرُهُ : إِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى إِرَاقَتِهَا إِلَّا بِتَلْفِهَا ، لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِلَّا ضَمِنَ .

فوائد ؛ منها ، لَا يَضْمَنُ مَخْزَنَ الْخَمْرِ إِذَا أَحْرَقَهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ .
نَقَلَهُ ابْنُ مَنْصُورٍ ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ بَطَّةَ وَغَيْرُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ ،
يَضْمَنُهُ . وَجَزَمَ بِهِ الْمُصَنِّفُ . وَقَالَ فِي « الْهَدْيِ » : يَجُوزُ تَحْرِيقُ أَمَاكِنِ الْمَعَاصِي
وَهَدْمُهَا ، كَمَا حَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، عَلَيْهِ أَفْضَلُ الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ ، مَسْجِدَ الضَّرَارِ ،
وَأَمَرَ بِهِدْمِهِ . وَمِنْهَا ، لَا يَضْمَنُ كِتَابًا فِيهِ أَحَادِيثُ رَدِيئَةٌ حَرَقَهُ . عَلَى الصَّحِيحِ
مِنَ الْمَذْهَبِ . نَقَلَهُ الْمَرْوُذِيُّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « الْإِتِّصَارِ » :
فَجَعَلَهُ كَأَلَةٍ لَهُمْ ثُمَّ سَلَّمَهُ ، عَلَى نَصِّهِ فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ ، فِي سِتْرِ فِيهِ تَصَاوِيرُ .

الشرح الكبير

إِلَّا شَقَّقْتُهُ . رَوَاهُ أَحْمَدُ^(١) . وَرَوَى عَنْ أَنَسٍ ، قَالَ : كُنْتُ أَسْقِي أَبَا طَلْحَةَ ، وَأَبَى بَنَ كَعْبٍ ، وَأَبَا عُبَيْدَةَ شَرَابًا مِنْ فُضِيخٍ^(٢) ، فَأَتَانَا آتٍ ، فَقَالَ : إِنَّ الْخَمْرَ قَدْ حُرِّمَتْ . فَقَالَ أَبُو طَلْحَةَ : قُمْ يَا أَنَسُ إِلَى هَذِهِ الدُّنَانِ فَاكْسِرْهَا^(٣) . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى سُقُوطِ حُرْمَتِهَا وَإِبَاحَةِ إِتْلَافِهَا ، فَلَا يَضُمُّنَهَا ، كَسَائِرِ الْمُبَاحَاتِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَضُمُّنُهَا إِذَا كَانَ يُتَنَفَّعُ بِهَا فِي غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهَا مَالٌ يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ وَيَحِلُّ بَيْعُهُ ، فَيَضُمُّنَهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا خَمْرٌ ، وَلِأَنَّ جَعْلَ الْخَمْرِ فِيهَا لَا يَقْتَضِي سُقُوطَ ضَمَانِهَا ، كَالْبَيْتِ الَّذِي جُعِلَ مَخْزَنًا لِلْخَمْرِ^(٤) .

وَنَصَّ عَلَى تَخْرِيقِ الثِّيَابِ السُّودِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَيَتَوَجَّهُ فِيهِمَا رَوَايَتَانِ . الْإِنْصَافُ وَمِنْهَا ، لَا يَضُمَّنُ حَلِيًّا مُحَرَّمًا عَلَى الرِّجَالِ لَمْ يَسْتَعْمِلُوهُ ، يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » . وَمِنْهَا ، قَالَ صَاحِبُ « الْفُرُوعِ » : ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ ، أَنَّ الشُّطْرَنْجَ مِنْ آلَةِ اللَّهِوِ . قُلْتُ : بَلْ هِيَ مِنْ أَعْظَمِهَا ، وَقَدْ عَمَّ الْبَلَاءُ بِهَا . وَنَقَلَ أَبُو دَاوُدَ ، لَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِيهِ .

(١) فِي : الْمُسْنَدِ ١٣٣/٢ .

(٢) الْفُضِيخُ : عَصِيرُ الْعَنْبِ .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ نَزْلِ تَحْرِيمِ الْخَمْرِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَشْرِيَةِ ، وَفِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي إِجَازَةِ خَيْرِ الْوَاحِدِ ، مِنْ كِتَابِ الْآحَادِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٧ / ١٣٦ ، ٩ / ١٠٨ ، ١٠٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ الْخَمْرِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَشْرِيَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣ / ١٥٧٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ جَامِعِ تَحْرِيمِ الْخَمْرِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَشْرِيَةِ . الْمَوْطَأُ ٢ / ٨٤٦ .

(٤) آخِرُ الْجُزْءِ الرَّابِعِ مِنْ مَخْطُوطَةِ أَحْمَدَ الثَّالِثِ وَالْمَشَارِ إِلَىهَا بِالْأَصْلِ ، وَآخِرُ الْجُزْءِ الرَّابِعِ مِنْ نَسْخَةِ جَامِعَةِ الرِّيَاضِ الْمَشَارِ إِلَىهَا بِالرَّمْزِ (ر) .

بَابُ الشُّفْعَةِ

وَهِيَ اسْتِحْقَاقُ الْإِنْسَانِ انْتِزَاعَ حِصَّةِ شَرِيكِهِ مِنْ يَدِ مُشْتَرِيهَا .

الشرح الكبير

بَابُ الشُّفْعَةِ^(١)

(وهي اسْتِحْقَاقُ الْإِنْسَانِ انْتِزَاعَ حِصَّةِ شَرِيكِهِ مِنْ يَدِ مُشْتَرِيهَا) وهي ثَابِتَةٌ بِالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ ؛ أَمَّا السُّنَّةُ فَمَا رَوَى جَابِرٌ ، قَالَ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . وَمُسْلِمٌ . قَالَ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقَسِّمْ ؛ رُبْعَةً^(٣) ، أَوْ حَائِطٍ ، لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ، فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يَسْتَأْذِنْهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ

الإيضاح

كِتَابُ الشُّفْعَةِ

قوله : وهي اسْتِحْقَاقُ الْإِنْسَانِ انْتِزَاعَ حِصَّةِ شَرِيكِهِ مِنْ يَدِ مُشْتَرِيهَا . وكذا قال في «الهداية» ، و «المذهب» ، و «مُسْبُوكِ الذَّهَبِ» ،

(١) من هنا يشار إلى نسخة تشستر بيتي على أنها الأصل ، والتي تجد أرقام صفحاتها في مواضعها من التحقيق .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب بيع الشريك من شريكه ، وباب بيع الأرض والدور والعروض ، من كتاب البيوع ، وفي : باب الشفعة ما لم يقسم ... ، من كتاب الشفعة ، وفي : باب الشركة في الأرضين ، وباب إذا اقتسم الشركاء ... ، من كتاب الشركة . صحيح البخاري ٣ / ١٠٤ ، ١١٤ ، ١٨٣ . ومسلم ، في : باب الشفعة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٢٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٥٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء إذا أحدث الحدود ... ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذى ٦ / ١٣١ . والنسائي ، في : باب ذكر الشفعة وأحكامها ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٨٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٢٩٦ ، ٣١٦ ، ٣٩٩ ، ٣٧٢ .

(٣) الرُّبْعَةُ : الدار والمسكن ومطلق الأرض .

به . وللبخاري : إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصُرِفَت الطُّرُق ، فلا شفعة . وأما الإجماع ، فقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم ، فيما بيع من أرض أو دار أو حائط . والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه ، وتمكن من بيعه لشريكه ، وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص ، فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ؛ ليصل [١١٢/٥ ط] إلى غرضه من بيع نصيبه ، وتخليص شريكه من الضرر ، فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي ، سلط الشرع الشريك على صرف ذلك إلى نفسه . قال شيخنا^(١) : ولا نعلم أحدا خالف هذا إلا الأصم ، فإنه قال : لا تثبت الشفعة ؛ فإن في ذلك إضرارا بأرباب الأملاك ، فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا اشتراه لم يبتعه ، ويتقاعد الشريك عن الشراء ، فيستضر المالك . وهذا الذي ذكره ليس

و « المستوعب » ، وغيرهم ، و « الخلاصة » ، وزاد ، فهرا . قال الزركشي : وهو غير جامع ؛ لخروج الصلح بمعنى البيع ، والهبة بشرط الثواب ، ونحو ذلك منه . قلت : ويمكنُ الجواب عن ذلك بأن الهبة بشرط الثواب ، بيع على الصحيح من المذهب ، على ما يأتي ، فالموهوب له مشتري . وكذلك الصلح يسمى فيه بائعا ومشتريا ؛ لأن الأصحاب قالوا فيهما : هو بيع . فهو إذن جامع . وقال في « المغنى »^(٢) : هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من

(١) في : المغنى ٤٣٦/٧ .

(٢) انظر : المغنى ٤٣٥/٧ .

وَلَا يَحِلُّ الْإِخْتِيَالُ لِإِسْقَاطِهَا .

المنع

الشرح الكبير

بشيء ؛ لمخالفته الأحاديث الصحيحة والإجماع المنعقد قبله . والجواب عما ذكره من وجهين ؛ أحدهما ، أنا نشاهد الشركاء يبيعون ، ولا يُعَدُّ مَنْ يَشْتَرِي مِنْهُمْ غَيْرَ شُرَكَائِهِمْ ، ولم يَمْنَعُهُمْ اسْتِحْقَاقُ الشُّفْعَةِ مِنَ الشَّرَاءِ . الثاني ، أنه يُمَكِّنُهُ إِذَا لَحِقَتْهُ بِذَلِكَ مَشَقَّةٌ أَنْ يُقَاسِمَ ، فَتُسْقَطُ الشُّفْعَةُ . واشتقاقها من الشفع ، وهو الزوج ، فإن الشفيع كان نصيبه منفرداً في ملكه ، فبالشفعة يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به . وقيل : اشتقاقها من الزيادة ؛ لأن الشفيع يزيد المبيع في ملكه .

٢٣٨٥ - مسألة : (ولا يحلُّ الاختيال) على إسقاطها . فإن فعل ، لم يسقط . نص عليه أحمد ، في رواية إسماعيل بن سعيد ، وقد سألته

يَدٍ مَنْ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ . قال الزركشي : وهو غير مانع ؛ لدخول ما انتقل بغير عوض ؛ كالأرض ، والوصية ، والهبة بغير ثواب ، أو بغير عوض مالي ، على المشهور ، كالخلع ونحوه . قال : فالأجود إذن أن يقال : من يدٍ مَنْ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ بَعْوَضٍ مَالِيٍّ ، أو مطلقاً . [٢٠٥/٢ ظ] انتهى .

فائدتان ؛ إحداهما ، قال الحارثي : ولا خفاء بالقيود في حد المصنف ؛ فقيد الشريكة مخرج للجوار ، والخُلطة بالطريق ، وقيد الشراء مخرج للموهوب ، والموصى به ، والموروث ، والممهور ، والعوض في الخلع ، والصُّلح عن دم العمد . وفي بعضه خلاف . قال : وأورد على قيد الشريكة ، أن لو كان من تمام الماهية ، لما حسن أن يقال : هل تثبت الشفعة للجار ، أم لا ؟ انتهى .

الثانية ، قوله : ولا يحلُّ الاختيال لإسقاطها . بلانزاع في المذهب ، نص عليه .

عن الحيلة في إبطال الشفعة ، فقال : لَا يَجُوزُ شَيْءٌ مِنَ الْحِيلِ فِي ذَلِكَ ،
ولا في إبطال حق مسلم . وبهذا قال أبو أيوب ، وأبو خيثمة ، وابن أبي
شيبه ، وأبو إسحاق الجوزجاني . وقال عبد الله بن عمر : مَنْ يَخْدَعِ
اللَّهُ يَخْدَعِهِ . ومعنى الحيلة : أَنْ يُظْهِرُوا فِي الْبَيْعِ شَيْئًا لَا يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ
معه ، وَيَتَوَاطَّئُونَ فِي الْبَاطِنِ عَلَى خِلَافِهِ ، مثل أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئًا بِسَاوِي عَشْرَةِ
دنانير بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ يَقْضِيهِ عَنْهَا عَشْرَةَ دنانير ، أَوْ يَشْتَرِيَهُ بِمِائَةِ دِينَارٍ
وَيَقْضِيهِ عَنْهَا مِائَةَ دِرْهَمٍ ، أَوْ يَشْتَرِيَ الْبَائِعُ مِنَ الْمُشْتَرِي عَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ
بِأَلْفٍ فِي ذِمَّتِهِ ثُمَّ يَبِيعُهُ الشَّقْصَ بِأَلْفٍ ، أَوْ يَشْتَرِيَ شَقْصًا بِأَلْفٍ ثُمَّ يُبْرِئَهُ
الْبَائِعُ مِنْ تِسْعِمَائَةٍ ، أَوْ يَشْتَرِيَ جُزْءًا مِنَ الشَّقْصِ بِمِائَةٍ ثُمَّ يَهَبُ لَهُ الْبَائِعُ
بَاقِيَهُ ، أَوْ يَهَبُ الشَّقْصَ لِلْمُشْتَرِي وَيَهَبُ الْمُشْتَرِي لَهُ الثَّمَنَ ، أَوْ يُعْقَدَ
الْبَيْعُ بَثْمٍ مَجْهُولِ الْمِقْدَارِ ، كَحَفْنَةِ قُرَاضَةٍ ، أَوْ جَوْهَرَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، أَوْ سِلْعَةٍ
مُعَيَّنَةٍ غَيْرِ مَوْصُوفَةٍ ، أَوْ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَلَوْلُؤَةٍ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا . فَإِنْ وَقَعَ ذَلِكَ
مِنْ غَيْرِ تَحِيلٍ ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ . وَإِنْ [١١٣/٥] تَحِيلًا بِهِ عَلَى إِسْقَاطِ
الشُّفْعَةِ لَمْ تَسْقُطْ ، وَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ الشَّقْصَ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى بِعَشْرَةِ دنانير
أَوْ قِيمَتِهَا مِنَ الدَّرَاهِمِ . وَفِي الثَّانِيَةِ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ أَوْ قِيمَتِهَا ذَهَبًا . وَفِي الثَّلَاثَةِ

ولا تسقط بالتحييل أيضًا . نصَّ عليه . وقد ذكر الأصحاب للحيلة في إسقاطها
صُورًا ؛ الْأُولَى ، أَنْ تَكُونَ قِيمَةُ الشَّقْصِ مِائَةً ، وَلِلْمُشْتَرِي عَرْضُ قِيمَتِهِ مِائَةً ،
فَيَبِيعُهُ الْعَرَضُ بِمِائَتَيْنِ ، ثُمَّ يَشْتَرِي الشَّقْصَ مِنْهُ بِمِائَتَيْنِ ، وَيَتَقَاصَنَ ، أَوْ يَتَوَاطَّأَنَّ
عَلَى أَنْ يَذْفَعَ إِلَيْهِ عَشْرَةُ دنانيرَ عَنِ الْمِائَتَيْنِ ، وَهِيَ أَقْلُ مِنَ الْمِائَتَيْنِ ، فَلَا يُقَدِّمُ الشَّفِيعُ
عَلَيْهِ ؛ لِنَقْصَانِ قِيمَتِهِ عَنِ الْمِائَتَيْنِ . الثَّانِيَةُ ، إِظْهَارُ كَوْنِ الثَّمَنِ مِائَةً ، وَيَكُونُ

الشرح الكبير

بِقِيَمَةِ الْعَبْدِ الْمَبِيعِ . وفي الرَّابِعَةِ بِالْبَاقِي بَعْدَ الْإِبْرَاءِ . وفي الْخَامِسَةِ ، يَأْخُذُ الْجُزْءَ الْمَبِيعِ مِنَ الشَّقْصِ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَأْخُذَ الشَّقْصَ كُلَّهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا وَهَبَهُ بِقِيَمَةِ الشَّقْصِ عَوَضًا عَنِ الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ جُزْءًا مِنَ الشَّقْصِ . وفي السَّادِسَةِ يَأْخُذُ بِالثَّمَنِ الْمَوْهُوبِ . وفي سَائِرِ الصُّوَرِ الْمَجْهُولِ ثَمْنُهَا يَأْخُذُهُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ ، أَوْ قِيَمَتِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مَوْجُودًا ، فَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ ، دَفَعَ إِلَيْهِ قِيَمَةَ الشَّقْصِ ؛ لِأَنَّ الْأَغْلَبَ وَقُوعُ الْعَقْدِ عَلَى الْأَشْيَاءِ بِقِيَمَتِهَا . وقال أصحابُ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيُّ : يَجُوزُ ذَلِكَ كُلُّهُ ، وَتَسْقُطُ بِهِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ بِمَا وَقَعَ «الْبَيْعُ بِهِ»^(١) ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ حِيلَةً . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ ، وَلَا يَأْمُنُ أَنْ يَسْبِقَ ، فَلَيْسَ بِقِمَارٍ ، وَإِنْ أَمِنَ أَنْ يَسْبِقَ ، فَهُوَ قِمَارٌ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَغَيْرُهُ^(٢) . فَجَعَلَ إِدْخَالَ

الإصناف

الْمَدْفُوعُ عَشْرِينَ فَقَطْ . الثَّالِثَةُ ، أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ ، وَيُثَرِّثُهُ مِنْ ثَمَانِينَ . الرَّابِعَةُ ، أَنْ يَهَبَهُ الشَّقْصَ ، وَيَهَبَهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ الثَّمَنَ . الْخَامِسَةُ ، أَنْ يَبِيعَهُ الشَّقْصَ بِصُبْرَةٍ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةٍ بِالْمُشَاهَدَةِ ، مَجْهُولَةِ الْمِقْدَارِ ، أَوْ بِجَوْهَرَةٍ ، وَنَحْوِهَا . فَالشُّفْعُ عَلَى شَفْعَتِهِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ ، فَيَدْفَعُ فِي الْأُولَى قِيَمَةَ الْعَرْضِ مِائَةً ، أَوْ مِثْلَ الْعَشْرَةِ دَنَانِيرَ . وفي الثَّانِيَةِ عَشْرِينَ . وفي الثَّالِثَةِ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ حِيلَةٌ . قَالَ فِي «الْفَائِقِ» ، وَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ فِي «الْمُعْنَى» ، وَ«الشرح» : يَأْخُذُ الْجُزْءَ الْمَبِيعِ مِنَ الشَّقْصِ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَأْخُذَ الشَّقْصَ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريجه في ١٢/١٣٣ ، ٢٣/١٣ .

الْفَرَسِ الْمُحَلَّلِ قِمَارًا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يَقْصِدُ بِهِ إِبَاحَةَ إِخْرَاجِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَسَابِقِينَ جُعْلًا ، مع عَدَمِ مَعْنَى الْمُحَلَّلِ فِيهِ ، وَهُوَ كَوْنُهُ بِحَالٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يَأْخُذَ سَبْقَهُمَا . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى إِبْطَالِ كُلِّ حِيلَةٍ لَمْ يَقْصِدْ بِهَا إِلَّا إِبَاحَةَ الْمُحَرَّمِ ، مع عَدَمِ الْمَعْنَى فِيهَا . وَاسْتَدَلَّ أَصْحَابُنَا بِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا تَرْتَكِبُوا مَا ارْتَكَبَتِ الْيَهُودُ ، فَتَسْتَحِلُّوا مَحَارِمَ اللَّهِ بِأَذْنَى الْحِيلِ » ^(١) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَعَنَ اللَّهُ الْيَهُودَ ، إِنَّ اللَّهَ لَمَّا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ شُحُومَهَا جَمَلُوهَا ، ثُمَّ بَاعُوهَا ، وَأَكَلُوهَا ثَمَنُهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) . وَلَأنَّ اللَّهَ تَعَالَى ذَمَّ الْمُخَادِعِينَ لَهُ بِقَوْلِهِ : ﴿ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَمَا يُخَادِعُونَ اللَّهَ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ ﴾ ^(٣) . وَالْحِيلُ مُخَادَعَةٌ ، وَقَدْ مَسَخَ اللَّهُ تَعَالَى الَّذِينَ اعْتَدَوْا فِي السَّبْتِ قِرْدَةً بِحِيلِهِمْ ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا يَنْصِبُونَ شِبَاكَهُمْ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَخْفِرُ جَبَابًا ، وَيُرْسِلُ الْمَاءَ إِلَيْهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، فَإِذَا

كُلَّهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ . وَجَزَمَ بِهَذَا الْإِحْتِمَالِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ . وَفِي الرَّابِعَةِ ، يُرْجَعُ فِي الثَّمَنِ الْمَوْهُوبِ لَهُ . وَفِي الْخَامِسَةِ ، يَدْفَعُ مِثْلَ الثَّمَنِ الْمَجْهُولِ ، أَوْ قِيمَتَهُ ، إِنْ كَانَ بَاقِيًا . وَلَوْ تَعَدَّرَ بَتَلَفٍ أَوْ مَوْتٍ ، دَفَعَ إِلَيْهِ قِيمَةَ الشَّقْصِ . ذَكَرَ ذَلِكَ الْأَصْحَابُ . نَقَلَهُ فِي « التَّلْخِصِ » . وَأَمَّا إِذَا تَعَدَّرَ مَعْرِفَةُ

(١) ذكره ابن كثير في تفسيره ٤٩٢/٣ ، وحسن إسناده . وانظر إرواء الغليل ٣٧٥/٥ .

(٢) تقدم ترجمته في ٣٠٧/٢ رقم (٢) ويضاف إليه : البخاري ، في : باب قوله : ﴿ وعلى الذين هادوا

حرمانا ... ﴾ ، من تفسير سورة الأنعام ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ٧٢/٦ .

(٣) سورة البقرة ٩ .

الشرح الكبير

جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب ، فیدعونها [١١٣/٥ ط] إلى ليلة الأحد ، فیاخذونها ، ویقولون : ما اضطدنا يوم السبت شیئا . فمسخهم الله تعالى بحیلتهم . وقال تعالى : ﴿ فَجَعَلْنَاهَا نَكَالًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ ﴾ ^(١) . قيل : یعنی به أمة محمد ﷺ . أى لیتعظ بذلك أمة محمد ﷺ ، فیحتنبوا مثل فعل المعتدين . ولأن الحيلة خديعة ، وقد قال النبى ﷺ : « لَا تَحِلُّ الْخَدِيعَةُ لِمُسْلِمٍ » ^(٢) . ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر ، فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر ، فلم تسقط ، كما لو أسقطها المشتري عنه بالوقف والبيع . وفارق ما لم يقصد به التحيل ؛ لأنه لا خداع فيه ، ولا قصد به إبطال حق ، والأعمال بالنیات . فإن اختلفا هل وقع شیء من هذا حيلة أو لا ؟ فالقول قول المشتري مع يمينه ؛ لأنه أعلم بینه وحاله . إذا ثبت هذا ، فإن العرر في الصورتين الأوليين على المشتري ؛ لشرائه ما يساوى

الثلث من غير حيلة ؛ بأن قال المشتري : لا أعلم قدر الثمن . كان القول قوله الإنصاف مع يمينه ، وأنه لم يفعله حيلة ، وتسقط الشفعة . وقال فى « الفائق » : قلت : ومن صور التحيل ؛ أن يفقه المشتري ، أو يهبه حيلة ، لإسقاطها ، فلا تسقط بذلك عند الأئمة الأربعة ، ويغلط من يحكم بهذا ممن يتحل مذهب أحمد ، وللشفيع الأخذ بدون حكم . انتهى . قال فى « القاعدة الرابعة والخمسين » : هذا الأظهر .

(١) سورة البقرة ٦٦ .

(٢) تقدم تخريجه فى ٣٤٧/١١ .

وَلَا تُثَبِّتُ إِلَّا بِشُرُوطِ خَمْسَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ مَبِيعًا . وَلَا شُفْعَةَ
فِيمَا انْتَقَلَ بِغَيْرِ عَوَضٍ بِحَالٍ ،

عَشْرَةٌ بِمِائَةٍ ، وَمَا يُسَاوِي مِائَةَ دِرْهَمٍ بِمِائَةِ دِينَارٍ ، وَأَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ أَنَّ
عَلَيْهِ أَلْفًا ، فَرُبَّمَا طَالَبَهُ بِهَا ، فَلَزِمَهُ فِي ظَاهِرِ الْحُكْمِ . وَفِي الثَّالِثَةِ الْغَرَرُ عَلَى
الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى عَبْدًا يُسَاوِي مِائَةً بِالْفِ . وَفِي الرَّابِعَةِ الْغَرَرُ عَلَى
الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى شِقْصًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ بِالْفِ . وَكَذَلِكَ فِي الْخَامِسَةِ ؛
لِأَنَّهُ اشْتَرَى بَعْضَ الشَّقْصِ بِثَمَنِ جَمِيعِهِ . وَفِي السَّادِسَةِ عَلَى الْبَادِي مِنْهُمَا
بِالْهَبَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَهَبُ لَهُ الْآخَرُ شَيْئًا . فَإِنْ خَالَفَ أَحَدُهُمَا مَا تَوَاطَا عَلَيْهِ ،
فَطَالَِبَ صَاحِبَهُ بِمَا أَظْهَرَهُ ، لَزِمَهُ فِي ظَاهِرِ الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ الْبَيْعَ مَعَ
صَاحِبِهِ بِذَلِكَ مُخْتَارًا ، فَأَمَّا فِي مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَا يَحِلُّ لِمَنْ غَرَّ
صَاحِبَهُ الْأَخْذَ بِخِلَافِ مَا تَوَاطَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ إِنَّمَا رَضِيَ بِالْعَقْدِ
لِلتَّوَاطُؤِ ، فَمَعَ فَوَاتِهِ لَا يَتَحَقَّقُ الرِّضَا بِهِ .

٢٣٨٦ - مسألة : (وَلَا تُثَبِّتُ إِلَّا بِشُرُوطِ خَمْسَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ
يَكُونَ مَبِيعًا ، وَلَا شُفْعَةَ فِيمَا انْتَقَلَ بِغَيْرِ عَوَضٍ بِحَالٍ) كَالْهَبَةِ بِغَيْرِ ثَوَابٍ ،
وَالصَّدَقَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ ، وَالْإِرْثِ ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ فِي قَوْلِ الْأَكْثَرِينَ ؛ مِنْهُمْ
مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، إِلَّا أَنَّهُ حُكِيَ عَنْ
مَالِكٍ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ فِي الْمُتَنَقِّلِ بِهَبَةٍ أَوْ صَدَقَةٍ ، وَيَأْخُذُهُ
الشَّفِيعُ بِقِيمَتِهِ . وَحُكِيَ عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ تُثَبِّتُ لِإِزَالَةِ
[١١٤/٥] ضَرَرِ الشَّرِكَةِ ، وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي الشَّرِكَةِ كَيْفَمَا كَانَ ، وَلِأَنَّ

وَلَا فِيمَا عَوَضَهُ غَيْرُ الْمَالِ ؛ كَالصَّدَاقِ ، وَعَوَضِ الْخُلْعِ ، ^{المنع} وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير الضَّرَرُ اللَّاحِقُ بِالْمُتَّهَبِ دُونَ ضَرَرِ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ إِقْدَامَ الْمُشْتَرِي عَلَى شِرَاءِ الشَّقْصِ وَبَذْلُ مَالِهِ ، دَلِيلُ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ ، فَانْتِزَاعُهُ مِنْهُ أَعْظَمُ ضَرَرًا مِنْ أَخْذِهِ مِنْ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ دَلِيلُ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ انْتَقَلَ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، أَشْبَهَ الْمِيرَاثِ ، وَلِأَنَّ مَحَلَّ الْوِفَاقِ هُوَ الْبَيْعُ ، وَالْخَبَرُ وَرَدَ فِيهِ ، وَلَيْسَ غَيْرُهُ فِي مَعْنَاهُ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُهُ مِنَ الْمُشْتَرِي بِمِثْلِ السَّبَبِ الَّذِي انْتَقَلَ إِلَيْهِ بِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ هَذَا فِي غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشَّقْصَ بِثَمَنِهِ ، لَا بِقِيمَتِهِ ، وَفِي غَيْرِهِ يَأْخُذُهُ بِقِيمَتِهِ ، فَافْتَرَقَا .

٢٣٨٧ - مسألة : (وَلَا) تَجِبُ (فِيمَا عَوَضَهُ غَيْرُ الْمَالِ ؛ كَالصَّدَاقِ ، وَعَوَضِ الْخُلْعِ ، وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ) الْمُتَّقِلُ بِعَوَضٍ عَلَى ضَرَّتَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا عَوَضَهُ الْمَالُ ، كَالْبَيْعِ ، فَفِيهِ الشُّفْعَةُ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا جَرَى مَجْرَاهُ ، كَالصُّلْحِ بِمَعْنَى الْبَيْعِ ، وَالصُّلْحِ عَنِ الْجِنَايَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ ، وَالْهَبَةِ

قوله : وَلَا شُفْعَةٌ فِيمَا عَوَضَهُ غَيْرُ الْمَالِ ؛ كَالصَّدَاقِ ، وَعَوَضِ الْخُلْعِ ، ^{الإنصاف} وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَظَاهِرُ « الشَّرْحِ » الْإِطْلَاقُ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا شُفْعَةَ فِي ذَلِكَ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : لَا شُفْعَةَ فِيهِ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . قَالَ الزَّرْكَاشِيُّ : هَذَا أَشْهَرُ الْوَجْهَيْنِ عِنْدَ الْقَاضِي ، وَأَكْثَرُ

المَشْرُوطِ فِيهَا ثَوَابٌ مَعْلُومٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَّبَعُ فِيهِ أَحْكَامُ الْبَيْعِ ، وَهَذَا مِنْهَا . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَأَصْحَابَهُ قَالُوا : لَا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ فِي الْهَبَةِ الْمَشْرُوطِ فِيهَا ثَوَابٌ حَتَّى يَتَقَابَضَا ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ لَا تَثْبُتُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، فَأُشْبِهَتْ الْبَيْعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَمَلَّكَهَا بِعَوْضٍ ، هُوَ مَالٌ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الْقَبْضِ فِي اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ ، كَالْبَيْعِ . وَلَا يَصِحُّ مَا قَالُوهُ مِنْ اعْتِبَارِ لَفْظِ الْهَبَةِ ؛ لِأَنَّ الْعَوْضَ صَرَفَ اللَّفْظَ عَنْ مُقْتَضَاهُ ، وَجَعَلَهُ عِبَارَةً عَنِ الْبَيْعِ خَاصَّةً عِنْدَهُمْ ، فَإِنَّهُ

أَصْحَابِهِ . قَالَ ابْنُ مُنَجَّى : هَذَا أَوَّلَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ قَالَ بَأْتِفَاءِ الشُّفْعَةِ ؛ مِنْهُمْ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَأَبُو عَلِيٍّ بْنُ شَهَابٍ ، وَالْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « رُعُوسِ الْمَسَائِلِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْقَاضِي يَعْقُوبُ ، وَالشَّرِيفَانِ ؛ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْقَاسِمِ الرَّيْدِيُّ ، وَالْعُكْبَرِيُّ ، وَابْنُ بَكْرُوسٍ ، وَالْمُصَنِّفُ . وَهَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ ، وَلِذَلِكَ قَدَّمَهُ فِي الْمَثْنِ . انْتَهَى . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْعُمْدَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، فِيهِ الشُّفْعَةُ . اخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْإِنْتِصَارِ » ، وَابْنُ حَمْدَانَ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . فَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ ، يَأْخُذُهُ بِقِيَمَتِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » ، وَصَاحِبُ « الْفَاتِقِ » . وَصَحَّحَهُ النَّاطِمُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » . وَقِيلَ : يَأْخُذُهُ

الشرح الكبير

يَتَعَقَّدُ بِهَا النِّكَاحُ الَّذِي لَا تَصِحُّ الْهَبَةُ فِيهِ بِالْإِتِّفَاقِ^(١) . الضَّرْبُ الثَّانِي ، مَا
 انْتَقَلَ بِعَوَضٍ غَيْرِ الْمَالِ ، نَحْوُ أَنْ يُجْعَلَ الشَّقْصَ مَهْرًا أَوْ عَوَضًا فِي الْخُلْعِ ،
 أَوْ فِي الصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ ، فَلَا شَفْعَةَ ، فِيهِ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ الْخِرْقِيِّ ؛
 لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَرَّضْ فِي جَمِيعِ مَسَائِلِهِ لِغَيْرِ الْبَيْعِ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَبِهِ قَالَ
 الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . حَكَاهُ عَنْهُمْ ابْنُ الْمُنْذِرِ
 وَاخْتَارَهُ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : تَجِبُ فِيهِ الشَّفْعَةُ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ شُبْرُمَةَ ،
 وَالْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ [١١٤/٥ ط]
 لِأَنَّهُ عَقَارٌ مَمْلُوكٌ بِعَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، أَشْبَهَ الْبَيْعِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ مَمْلُوكٌ
 بِغَيْرِ مَالٍ ، أَشْبَهَ الْمَوْهُوبِ وَالْمَوْرُوثِ ، وَلِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ أَخْذُهُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ ؛
 لِأَنَّا لَوْ أَوْجَبْنَا مَهْرَ الْمِثْلِ لَقَوَّمْنَا الْبُضْعَ عَلَى الْأَجَانِبِ ، وَأَضَرَرْنَا
 بِالشَّفْعِيعِ ؛ لِأَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ يَتَفَاوَتْ مَعَ الْمُسَمَّى ؛ لِتَسَامُحِ النَّاسِ فِيهِ فِي
 الْعَادَةِ . وَيَمْتَنِعُ أَخْذُهُ بِالْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ عَوَضَ الشَّقْصِ ، فَلَا يَجُوزُ
 الْأَخْذُ بِهَا ، كَالْمَوْرُوثِ ، فَيَتَعَذَّرُ أَخْذُهُ . وَفَارَقَ الْبَيْعَ ، فَإِنَّهُ أَمَكَّنَ الْأَخْذَ

الإنصاف

بِقِيَمَةٍ^(٢) مُقَابِلَهُ ؛ مِنْ مَهْرٍ وَدِيَّةٍ . حَكَاهُ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ عَنْ ابْنِ حَامِدٍ .
 وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » . وَسَيَأْتِي ذَلِكَ فِي
 كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي آخِرِ الْفَصْلِ السَّادِسِ .

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَعَلَى قِيَاسِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ؛ مَا اخْتُذِلَتْ أَجْرَةً ،
 أَوْ ثَمَنًا فِي سَلَمٍ ، أَوْ عَوَضًا فِي كِتَابَةٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . قَالَ فِي

(١) فِي م : « بِالْإِتِّفَاقِ » .

(٢) فِي ط : « بِقِيَمَتِهِ » .

بِعَوَضِهِ . فَإِنْ قُلْنَا : يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ . فَطُلِّقَ الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ بَعْدَ^(١) عَفْوِ الشَّفِيعِ ، رَجَعَ بِنِصْفِ مَا أَصْدَقَهَا ؛ لِأَنَّهُ مَوْجُودٌ فِي يَدِهَا بِصِفَتِهِ ، وَإِنْ طُلِّقَ بَعْدَ أَخْذِ الشَّفِيعِ ، رَجَعَ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهَا زَالَ عَنْهُ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ بَاعْتَهُ . وَإِنْ طُلِّقَ قَبْلَ عِلْمِ الشَّفِيعِ ثُمَّ عِلِمَ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقَدَّمُ حَقُّ الشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِالنِّكَاحِ السَّابِقِ عَلَى الطَّلَاقِ ، فَهُوَ أَسْبَقُ . وَالثَّانِي ، حَقُّ الزَّوْجِ مُقَدَّمٌ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِالنِّصِّ وَالْإِجْمَاعِ ، وَالشُّفْعَةُ هَهُنَا لَانِّصَّ فِيهَا وَلَا إِجْمَاعَ . فَأَمَّا إِنْ عَفَا الشَّفِيعُ ، ثُمَّ طُلِّقَ الزَّوْجُ فَرَجَعَ فِي نِصْفِ الشَّقْصِ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ الشَّفِيعُ الْأَخْذَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ عَادَ إِلَى الْمَالِكِ ؛ لِزَوَالِ الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ بِهِ الشَّفِيعُ ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ . وَكَذَلِكَ كُلُّ فَسْخٍ يَرْجِعُ بِهِ الشَّقْصُ إِلَى الْعَاقِدِ ؛ كَرَدِّهِ بِعَيْبٍ ، أَوْ مُقَابِلَةٍ ، أَوْ اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعِينَ ، أَوْ رَدِّهِ لَعَبْنٍ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي الْإِقَالَةِ رَوَايَةَ أُخْرَى ، أَنَّهَا يَنْبَغُ ، فَتَثْبُتُ فِيهَا الشُّفْعَةُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ لَمْ يَعْلَمْ الشَّفِيعُ حَتَّى تَقَايَلَا ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ أَيِّهِمَا شَاءَ ، وَإِنْ عَفَا عَنِ الشُّفْعَةِ فِي الْبَيْعِ ثُمَّ تَقَايَلَا ، فَلَهُ الْأَخْذُ بِهَا .

فصل : فَإِذَا جَنَى جَنَاتَيْنِ عَمْدًا وَخَطَأً ، فَصَالَحَهُ مِنْهُمَا عَلَى شَقْصٍ ، فَالشُّفْعَةُ فِي نِصْفِ الشَّقْصِ دُونَ بَاقِيهِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ .

« الكافي » : وَمِثْلُهُ مَا اشْتَرَاهُ الذَّمِيُّ بِخَمَرٍ ، أَوْ خِنْزِيرٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَطَرَدَ أَصْحَابُنَا الْوَجْهَيْنِ فِي الشَّقْصِ الْمَجْعُولِ أَجْرَةً فِي الْإِجَارَةِ ، وَلَكِنْ نَقُولُ : الْإِجَارَةُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « قَبْلَ » .

وهذا على الرواية التي نقول فيها : إن موجب العمدة القصاص عينا . وإن قلنا : موجبُه أحدُ شيئين . وجبت الشفعة في الجميع . وقال أبو حنيفة : لا شفعة في الجميع ؛ لأنَّ الأخذَ بها تبعيضُ للصفقة على المشتري . ولنا ، أنَّ ما قابل الخطأ عوض عن مال ، فوجبت فيه الشفعة ، كما لو انفرد ، ولأنَّ الصفقة جمعت ما يجب فيه وما لا يجب ، فوجبت فيما يجب دون الآخر ، كما لو اشترى شقصا وسيقا . وبهذا الأصل ينطّل ما ذكره . قال شيخنا^(١) : وقول أبي حنيفة أقيس ؛ لأنَّ في الشفعة تبعيض الشقص على المشتري ، وربما لا يبقى منه إلّا ما لا نفع فيه ، فأشبه ما لو أراد أخذ بعضه مع [١١٥/٥] عفو صاحبه ، بخلاف مسألة الشقص والسيف . وأما إذا قلنا : إن الواجب أحدُ شيئين . فباختياره الصلح سقط القصاص وتعينت الدية ، فكان الجميع عوضا عن مال .

نوع من البيع ، فينعد طرد الخلاف^(٢) . فالصحيح على أصلنا ، جريان الشفعة ، قولاً واحداً . ولو كان الشقص جعلاً في جعالة ، فكذلك من غير فرق . وطرد صاحب « التلخيص » ، وغيره من الأصحاب الخلاف^(٣) أيضاً في الشقص المأخوذ عوضاً عن نجوم الكتابة . ومنهم من قطع بنفي الشفعة فيه ، وهو القاضي يعقوب . ولا أعلم لذلك وجهاً . وحكى بعض شيوخنا ، فيما قرأت عليه ، [٢٠٦/٢] طرد الوجهين أيضاً في المَجْعُولِ رأس مالٍ في السلم . وهو أيضاً بعيد ؛ فإنَّ السلم نوع من البيع . انتهى كلام الحارثي ، ثم قال : إذا تقرّر ما قلنا في

(١) في المغني ٤٤٦/٧ .

(٢ - ٣) سقط من : الأصل .

فصل : الثاني ، أن يكون شقصاً مُشاعاً من عَقَارٍ يَنْقَسِمُ ، فأمَّا المَقْسُومُ المُحَدَّدُ فَلَا شُفْعَةَ لِجَارِهِ فِيهِ .

٢٣٨٨ - مسألة : (الثاني ، أن يكون شقصاً مُشاعاً من عَقَارٍ يَنْقَسِمُ ، فأمَّا المَقْسُومُ المُحَدَّدُ فَلَا شُفْعَةَ لِجَارِهِ فِيهِ) وبه قال عمرُ ، وعثمانُ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزیز ، وابنُ المُسَيَّبِ ، وسليمانُ بنُ يسارٍ ،

الْمَأْخُوذُ^(١) عَوَضًا عَنْ نُجُومِ الْكِتَابَةِ ، فلو عَجَزَ الْمُكَاتَبُ بَعْدَ الدَّفْعِ وَرَقَّ ، هل تَجِبُ الشُّفْعَةُ إِذْنُ ؟ قال في « التَّلْخِصِ » : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، نعم . والثَّانِي ، لا ، وهو أَوْلَى . الثَّانِيَةُ ، لو قال لَأُمِّ وَلَدِهِ : إِنِ خَدَمْتُ أَوْلَادِي شَهْرًا ، فَلَكَ هَذَا الشَّقْصُ . فَخَدَمْتُهُمْ ، اسْتَحَقَّتْهُ ، وهل تَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، نعم . وهذا عَلَى الْقَوْلِ بِالشُّفْعَةِ فِي الْإِجَارَةِ . والثَّانِي ، لا ؛ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ . قَالَه الْحَارِثِيُّ . وهذا الثَّانِي هُوَ الصَّوَابُ . الثَّالِثَةُ ، إِذَا قِيلَ بِالشُّفْعَةِ فِي الْمَمْهُورِ ، فَطَلَّقَ الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَقَبْلَ الْأَخْذِ ، فَالشُّفْعَةُ مُسْتَحَقَّةٌ فِي النَّصْفِ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ ، وَمَا بَقِيَ ؛ إِنْ عَفَا عَنْهُ الزَّوْجُ ، فَهِيَ مُبْتَدَأَةٌ لَا شُفْعَةَ فِيهِ ، عَلَى الصَّحِيحِ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : يَسْتَحِقُّهُ الشَّفِيعُ . وَإِنْ لَمْ يَعْفُ ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ أَيْضًا . عَلَى الصَّحِيحِ ؛ لَدُخُولِهِ فِي مِلْكِ الزَّوْجِ قَبْلَ الْأَخْذِ . قَدَّمَهُ فِي « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ اخْتِمَالَيْنِ ، وَالْمُصَنِّفُ وَجْهَيْنِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالْأَخْذُ هُنَا بِالشُّفْعَةِ لَا يَتِمَّشَى عَلَى أَصُولِ أَحْمَدَ . وَإِنْ أَخَذَ الشَّفِيعُ قَبْلَ الطَّلَاقِ ، فَالشُّفْعَةُ مَاضِيَّةٌ ، وَيَرْجِعُ الزَّوْجُ إِلَى نِصْفِ قِيمَةِ الشَّقْصِ . قَالَ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ : يَرْجِعُ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهِ يَوْمَ إِصْدَاقِهَا ، وَيَوْمَ إِقْبَاضِهَا .

قوله : الثَّانِي ، أن يكون شقصاً مُشاعاً من عَقَارٍ يَنْقَسِمُ - يَعْنِي قِسْمَةً إِجْبَارٍ -

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَوْجُود » .

والزُّهْرِيُّ، ويحيى الأنصاري، وأبو الزناد، وربيعة، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر. وقال ابن شبرمة، والثوري، وابن أبي ليلى، وأصحاب الرأي: الشفعة بالشركة، ثم بالشركة في الطريق، ثم بالجوار. قال أبو حنيفة: يُقدّم الشريك، فإن لم يكن، وكان الطريق مشتركاً، كالدرّب الذي لا ينفذ، تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب؛ الأقرب فالأقرب، فإن لم يأخذوا، ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة. وقال العنبري، وسوار: تثبت بالشركة في الملك، وبالشركة في الطريق. واحتجوا بما روى أبو رافع، قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بصقه». رواه البخاري، وأبو داود^(١). وروى الحسن عن سمرة، أن النبي ﷺ قال: «جار الدار

فأما المقسوم المَحْدُودُ، فلا شفعة لجاره فيه. وهذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم. وقيل: تثبت الشفعة للجار. وحكاها القاضي يعقوب في «التبصرة»، وابن الزاغوني عن قوم من الأصحاب رواية. قال الزركشي: وصححه ابن الصبّغ، واختاره الحارثي، فيما أظن، وأخذ الرواية من نصّه في رواية أبي طالب، ومثني، لا يحلف أن الشفعة تستحقّ بالجوار.

(١) أخرجه البخاري، في: باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، من كتاب الشفعة، وفي: باب في الهبة والشفعة، من كتاب الحيل. صحيح البخاري ٣ / ١١٥، ٩ / ٣٥. وأبو داود، في: باب في الشفعة، من كتاب البيوع. سنن أبي داود ٢ / ٢٥٦.

كما أخرجه النسائي، في: باب ذكر الشفعة وأحكامها، من كتاب البيوع. المجتبى ٧ / ٢٨١، ٢٨٢. وابن ماجه، في: باب الشفعة والجوار، من كتاب الشفعة. سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣٣، ٨٣٤. والإمام أحمد، في: المسند ٤ / ٣٨٩، ٦ / ٣٩٠، ١٠ / ٣٩٠.

أَحَقُّ بِالذَّارِ « . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(١) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ .
وَرَوَى التِّرْمِذِيُّ ^(٢) فِي حَدِيثِ جَابِرٍ : « الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ بِدَارِهِ يَنْتَظِرُ بِهِ
إِذَا كَانَ غَائِبًا ، إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا » . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَلَئِنَّهُ
اتَّصَلَ ^(٣) مِلْكٌ يَدُومُ وَيَتَأَبَّدُ ، فَتُبَتَّتِ الشُّفْعَةُ بِهِ ، كَالشَّرِكَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ
النَّبِيِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصُرِفَتِ
الطَّرِيقُ ، فَلَا شُفْعَةَ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(٤) . وَرَوَى ابْنُ جُرَيْجٍ ، عَنْ
الزُّهْرِيِّ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، أَوْ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ ، أَوْ عَنْهُمَا ، قَالَ :
قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا قُسِمَتِ الْأَرْضُ وَحُدَّتْ ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا » .
رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٥) . وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ ثَبَتَتْ فِي مَوْضِعِ الْوِفَاقِ عَلَى خِلَافِ

قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالْعَجَبُ مِمَّنْ يُثَبِّتُ هَذَا رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَهُوَ
مَأْخُذٌ ضَعِيفٌ . وَقِيلَ : تَجِبُ الشُّفْعَةُ بِالشَّرِكَةِ فِي مَصَالِحِ عَقَارٍ . اخْتَارَهُ الشَّيْخُ
تَقِيُّ الدِّينِ ، وَصَاحِبُ « الْفَائِقِ » . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ،

(١) في : باب ما جاء في الشفعة ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذى ٦ / ١٢٩ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٥٦ . والإمام أحمد ، في :
المسند ٤ / ٣٨٨ ، ٥ / ٨ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٧ ، ١٨ .

(٢) في : باب ما جاء في الشفعة للغائب ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذى ٦ / ١٣٠ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٥٦ . وابن ماجه ،
في : باب الشفعة والجوار ، من كتاب الشفعة . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣٣ . والدارمي ، في : باب في الشفعة ،
من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٧٣ .

(٣) في م : « إيصال » .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٧ .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٧ .

الأصل لَمَعْنَى مَعْدُومٍ فِي مَحَلِّ التَّزَاعِ ، فَلَا تَثَبُّتٌ فِيهِ ، وَبَيَانُ انْتِفَاءِ
الْمَعْنَى ، هُوَ أَنَّ الشَّرِيكَ رُبَّمَا دَخَلَ عَلَيْهِ شَرِيكَ ، فَيَتَأَذَّى بِهِ ، فَتَدْعُوهُ
الْحَاجَةُ [١١٥/٥ ظ] إِلَى مُقَاسَمَتِهِ ، أَوْ يَطْلُبُ الدَّخْلَ الْمُقَاسَمَةَ ، فَيَدْخُلُ
الصَّرْرَ عَلَى الشَّرِيكَ بِنَقْصِ قِيَمَةِ مِلْكِهِ وَمَا يَخْتِاجُ إِلَى إِحْدَائِهِ مِنَ الْمَرَافِقِ ،
وَهَذَا لَا يُوجَدُ فِي الْمَقْسُومِ . فَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي رَافِعٍ ، فَلَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي
الشُّفْعَةِ ، فَإِنَّ الصَّقَبَ الْقُرْبُ . يُقَالُ بِالسَّيْنِ وَالصَّادِ . قَالَ الشَّاعِرُ (١) :
كُوفِيَّةٌ نَازِحٌ مَحَلَّتُهَا لَا أُمَّمَ دَارُهَا وَلَا صَقَبٌ

وقد سألته عن الشُّفْعَةِ ؟ فقال : إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا شُرَكَاءَ ، لَمْ يَقْتَسِمُوا ،
فَإِذَا صُرِفَتِ الطَّرِيقُ ، وَعُرِفَتِ الْحُدُودُ ، فَلَا شُّفْعَةَ . وَهَذَا هُوَ الَّذِي اخْتَارَهُ
الْحَارِثِيُّ . لَا كَمَا ظَنَّهُ الزُّرْكَاشِيُّ ، مِنْ أَنَّهُ اخْتَارَ الشُّفْعَةَ لِلْجَارِ مُطْلَقًا ، فَإِنَّ الْحَارِثِيَّ
قَالَ : وَمِنْ النَّاسِ مَنْ قَالَ بِالْجَوَازِ ، لَكِنْ بَقَيْدِ الشَّرَكَةِ فِي الطَّرِيقِ . وَذَكَرَ ظَاهِرَ
كَلَامِ أَحْمَدَ الْمُتَقَدِّمِ ، ثُمَّ قَالَ : وَهَذَا الصَّحِيحُ الَّذِي يَتَعَيَّنُ الْمَصِيرُ إِلَيْهِ . ثُمَّ ذَكَرَ
أَدِلَّتَهُ ، وَقَالَ : وَفِي هَذَا الْمَذْهَبِ جَمْعًا بَيْنَ الْأَخْبَارِ دُونَ غَيْرِهِ ، فَيَكُونُ أَوَّلَى
بِالصَّوَابِ .

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، شَرِيكَ الْمَبِيعِ أَوَّلَى مِنَ شَرِيكِ الطَّرِيقِ ، عَلَى الْقَوْلِ بِالْأَخْذِ .
قَالَهُ الْحَارِثِيُّ . وَمِنْهَا ، عَدَمُ الْفَرْقِ فِي الطَّرِيقِ بَيْنَ كَوْنِهِ مُشْتَرَكًا بِمِلْكٍ ، أَوْ
بِاخْتِصَاصٍ . قَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ : وَمِنْ النَّاسِ مَنْ قَالَ : الْمُعْتَبَرُ شَرَكَةُ الْمِلْكِ ،
لَا شَرَكَةُ الْاِخْتِصَاصِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . وَمِنْهَا ، لَوْ بَعِثَتْ دَارٌ فِي طَرِيقٍ ، لَهَا دَرْبٌ
فِي طَرِيقٍ لَا يَنْفُذُ ، فَلَا شَهْرُ تَجِبُ ، إِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي طَرِيقٌ غَيْرُهُ ، أَوْ أُمْكَنَ فَتَحُ

(١) هُوَ ابْنُ قَيْسِ الرِّقِيَّاتِ ، وَابْنُ بَيْتٍ فِي دِيَوَانِهِ ٢ .

فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِإِحْسَانِ جَارِهِ وَصِلَتِهِ وَعِيَادَتِهِ وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَخَبَرُنَا صَحِيحٌ صَرِيحٌ ، فَيُقَدَّمُ ، وَبَقِيَّةُ الْأَحَادِيثِ فِي أَسَانِيدِهَا مَقَالٌ ، فَحَدِيثُ سَمُرَةَ يَرْوِيهِ عَنْهُ ^(١) الْحَسَنُ ، وَلَمْ يَسْمَعْ مِنْهُ إِلَّا حَدِيثَ الْعَقِيقَةِ . قَالَ أَصْحَابُ الْحَدِيثِ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّبِ : الثَّابِتُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ حَدِيثُ جَابِرِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ ، وَمَا عَدَاهُ مِنَ الْأَحَادِيثِ فِيهَا مَقَالٌ . عَلَى أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِالْجَارِ الشَّرِيكَ ؛ فَإِنَّهُ جَارٌ أَيْضًا ، وَتُسَمَّى الضَّرَّتَانِ جَارَتَيْنِ ؛ لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي الزَّوْجِ . قَالَ حَمَلُ بْنُ مَالِكٍ : كُنْتُ بَيْنَ جَارَتَيْنِ لِي ، فَضَرَبْتُ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِمِسْطَحٍ ^(٢) فَقَتَلْتُهَا وَجَنِينَهَا . وَهَذَا يُمَكِّنُ فِي تَأْوِيلِ حَدِيثِ أَبِي رَافِعٍ أَيْضًا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الطَّرِيقِ مُفْرَدَةً أَوْ مُشْتَرَكَةً .

بَابُهُ إِلَى شَارِعٍ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » . وَحُزِمَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : لِأَشْفَعَةِ بِالْشَّرِكَةِ فِيهِ فَقَطْ . وَمَالَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقِيلَ : بَلَى . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . وَإِنْ كَانَ نَصِيبُ الْمُشْتَرَى فَوْقَ حَاجَتِهِ ، فَقِيَ الزَّائِدُ وَجْهَانِ . اخْتَارَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَجُوبَ الشُّفْعَةِ فِي الزَّائِدِ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ^(٣) : وَالصَّحِيحُ ، لِأَشْفَعَةِ . وَصَحَّحَهُ

(١) فِي م : « عَنْ » .

(٢) الْمِسْطَحُ : عُمُودُ الْحَبَاءِ .

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ دِيَةِ الْجَنِينِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٤٩٧/٢ ، ٤٩٨ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ دِيَةِ الْجَنِينِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةٍ ٨٨٢/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ دِيَةِ الْجَنِينِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ١٩٦/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٦٤/١ ، ٨٠/٤ .

(٣) انْظُرْ : الْمُغْنَى ٤٤٣/٧ .

وَلَا شُفْعَةَ فِيمَا لَا تَجِبُ قِسْمَتُهُ ، كَالْحَمَامِ الصَّغِيرِ ، وَالْبَيْرِ ، ^{المنع}

الشرح الكبير

قال أحمدُ ، في رواية ابنِ القاسمِ ، في رجلٍ له أرضٌ تشربُ هي وأرضُ غيره من نهرٍ واحدٍ : فلا شُفْعَةَ له من أجلِ الشُّربِ ، إذا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فلا شُفْعَةَ . وقال في رواية أبي طالب ، وعبدِ الله ، ومُثْنَى ، في مَنْ لا يَرَى الشُّفْعَةَ بِالْجَوَارِ وَقُدِّمَ إِلَى الْحَاكِمِ فَأَنْكَرَ : لَمْ يَخْلِفْ ، إِنَّمَا هُوَ اخْتِيَارٌ ، وقد اختلفَ النَّاسُ فيه . قال القاضي : إِنَّمَا قال هذا ؛ لِأَنَّ يَمِينَ الْمُنْكَرِ هُنَا عَلَى الْقُطْعِ وَالْبَتِّ ، ومَسَائِلُ الاجْتِهَادِ مَظْنُونَةٌ ، فلا يُقْطَعُ بِظُلَانِ مَذْهَبِ الْمُخَالِفِ . ويمكنُ أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُ أَحْمَدَ هُنَا عَلَى الْوَرَعِ لَا عَلَى التَّحْرِيمِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ ^(١) يَحْكَمْ بِظُلَانِ مَذْهَبِ الْمُخَالِفِ . ويجوزُ لِلْمُشْتَرَى الْاِمْتِنَاعُ بِهِ مِنْ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ ، فيما بينه وبين الله تعالى .

فصل : (ولا) تَثْبُتُ (الشُّفْعَةُ فِيمَا لَا تَجِبُ قِسْمَتُهُ ؛ كَالْحَمَامِ

الشارحُ . وأُطْلِقَهُمَا الْحَارِثِيُّ فِي « شَرْحِهِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وكذا دِهْلِيْزُ الْجَارِ ، وَصَحْنُ دَارِهِ . قاله في « الْفُرُوعِ » ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالْشَّارِحُ . ومنها ، لَا شُفْعَةَ بِالشَّرِكَةِ فِي الشُّرْبِ مُطْلَقًا ؛ وَهُوَ النَّهْرُ ، أَوِ الْبَيْرُ ، يَسْقَى أَرْضَ هَذَا وَأَرْضَ هَذَا ، فَإِذَا بَاعَ أَحَدُهُمَا أَرْضَهُ ، فَلَيْسَ لِلْآخَرِ الْأَخْذُ بِحَقِّهِ مِنَ الشُّرْبِ . قاله الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . ونَصَّ عَلَيْهِ .

قوله : وَلَا شُفْعَةَ فِيمَا لَا تَجِبُ قِسْمَتُهُ ؛ كَالْحَمَامِ الصَّغِيرِ ، وَالْبَيْرِ ، وَالطُّرُقِ ، وَالْعِرَاصِ الصَّيْقَةِ ، وَلَا مَالِيَسَ بِعَقَارٍ ؛ كَالشَّجَرِ ، وَالْحَيَوَانِ ، وَالْبِنَاءِ الْمُفْرَدِ -

(١) زيادة من : م .

وَالطُّرُقِ ، وَالْعِرَاصِ الصَّيْقَةِ ، المفتح

الشرح الكبير الصغير ، والبئر ، والطُّرُقِ (الصَّيْقَةِ ، والرَّحَى الصَّغِيرَةِ ، والعِضَادَةُ^(١)) (والعِرَاصِ الصَّيْقَةِ) في إحدَى الروايتين عن أحمد . وبه قال يحيى الأنصارى ، وسعيد ، وربيعه ، والشافعى . والثانية ، فيها الشُّفْعَةُ . وهو قول [١١٦/٥] ألى حنيفة ، والثورى ، وابن سريج^(٢) . وعن مالك كالروايتين ؛ لقوله ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَم » . وسائر النصوص العامة ، ولأن الشُّفْعَةَ ثَبَّتْ لِإِزَالَةِ ضَرَرِ الْمُشَارَكَةِ ، وَالضَّرَرُ فِي هَذَا التَّنَوُّعِ أَكْثَرُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَأَبَّدُ ضَرَرُهُ . وَالْأَوَّلُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ

وَالْإِنْصَافِ كَالْجَوْهَرَةِ ، وَالسَّيْفِ ، وَنَحْوَهُمَا - فِي إحدَى الروايتين . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا شُفْعَةَ فِيهِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : أَظْهَرُهُمَا ، لَا شُفْعَةَ فِيهِ . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » [٢٠٦/٢ ط] وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : لَا شُفْعَةَ فِيهِ ، فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرَهُمَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، فِيهِ الشُّفْعَةُ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَأَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوَزِيُّ ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْحَقُّ . وَعَنْهُ ، تَجِبُ فِي كُلِّ مَالٍ ، حَاشَا

(١) عضادات الباب : خشبتان منصوبتان مثبتتان في الحائط على جانبيه .

(٢) في م : « شرح » .

صلى الله عليه أنه قال : « لَا شُفْعَةَ فِي فَنَاءٍ وَلَا طَرِيقٍ وَلَا مَنَقَبَةٍ » ^(١) . وَالْمَنَقَبَةُ : الشَّرْحُ الْكَبِيرُ الطَّرِيقُ الضَّيِّقُ . رَوَاهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « رُغُوسِ الْمَسَائِلِ » . وَرَوَى عَنْ عَثْمَانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا شُفْعَةَ فِي بَيْعٍ وَلَا فَحْلٍ . وَلِأَنَّ إِبْثَاتِ الشُّفْعَةِ فِي هَذَا يَضُرُّ بِالْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَتَخَلَّصَ مِنْ إِبْثَاتِ الشُّفْعَةِ فِي نَصِيْبِهِ بِالْقِسْمَةِ ، وَقَدْ يَمْتَنِعُ الْمُشْتَرِي لِأَجْلِ الشَّفِيعِ ، فَيَتَضَرَّرُ الْبَائِعُ ، وَقَدْ يَمْتَنِعُ الْبَيْعُ فَتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ ، فَيُؤَدَّى إِبْثَاتُهَا إِلَى نَفْيِهَا . وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ : إِنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَثْبُتُ لِدَفْعِ الضَّرَرِ الَّذِي يَلْحَقُهُ بِالْمُقَاسَمَةِ ؛ لِمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ إِحْدَاثِ الْمَرَافِقِ الْخَاصَّةِ ، وَلَا يُوجَدُ هَذَا فِيمَا لَا يَنْقَسِمُ . قَوْلُهُمْ : إِنَّ الضَّرَرَ هُنَا أَكْثَرُ لَتَأْبُدَهُ . قُلْنَا : إِلَّا أَنَّ الضَّرَرَ فِي مَحَلِّ الْوَفَاقِ

مَنْقُولًا لَا ^(٢) يَنْقَسِمُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَقِيلَ : تَجِبُ فِي زَرْعٍ وَثَمَرٍ مُفْرَدٍ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، يُؤْخَذُ الْبِنَاءُ وَالْغِرَاسُ تَبَعًا لِلْأَرْضِ ، كَمَا تَقَدَّمَ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : قَالَ الْحَارِثِيُّ : لَا خِلَافَ فِيهِمَا عَلَى كِلْتَا الرِّوَايَتَيْنِ . زَادَ فِي « الرَّعَايَةِ » ، مِمَّا يَدْخُلُ تَبَعًا ؛ النَّهْرُ ، وَالْبَيْتَرُ ، وَالْقَنَاةُ ، وَالرَّحَى ، وَالْدُّوْلَابُ .

فَائِدَةٌ : الْمُرَادُ بِمَا يَنْقَسِمُ ، مَا تَجِبُ قِسْمَتُهُ إِجْبَارًا ، وَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، مَا يُنْتَفَعُ بِهِ مَقْسُومًا مَنْفَعَتُهُ الَّتِي كَانَتْ ، وَلَوْ عَلَى تَضَائِقٍ ، كَجَعْلِ الْبَيْتِ بَيَّتَيْنِ . قَالَ فِي « التَّلْخِيصِ » : وَهُوَ الْأَظْهَرُ . ^(٣) قَالَ الْخِرَقِيُّ : وَيَنْتَفِعَانِ بِهِ مَقْسُومًا ^(٣) .

(١) أَخْرَجَهُ بَيْهَقِيُّ عَبْدَ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ هَلْ فِي الْحَيَوَانِ أَوْ الْبَرِّ أَوْ النَّخْلِ أَوْ الدِّينِ شُفْعَةٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ .
الْمُصَنَّفُ ٨ / ٧٨ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ط .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

الشرح الكبير
 من غير جنس هذا الضَّرَرِ ، وهو ضَرَرُ الحاجةِ إلى إحدَثِ المَرافِقِ
 الخاصَّةِ ، فلا يُمكنُ التَّعدِيَةُ ، وفي الشُّفْعَةِ ههنا ضَرَرٌ غيرُ موجودٍ في محلِّ
 الوفاقِ ، وهو ما ذَكَرْنَاهُ ، فتَعَذَّرَ الإلحاقُ . فأما ما أَمَكَنَ قِسْمَتُهُ مِمَّا
 ذَكَرْنَا ، كَالْحَمَّامِ الْكَبِيرِ الْوَاسِعِ بِحَيْثُ إِذَا قُسِمَ لَا يُسْتَصَرُّ بِالْقِسْمَةِ وَأَمَكَنَ
 الْإِنْتِفَاعُ بِهِ حَمَامًا ، فَإِنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ فِيهِ . وكذلك الْبَيْتُ وَالْدُّورُ وَالْعُضَائِدُ
 متى أَمَكَنَ أَنْ يَخْصُلَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئَانِ ، كَالْبَيْتِ تُقَسَّمُ بِثَرَيْنِ يَرْتَقِي الْمَاءُ
 مِنْهُمَا^(١) وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يُمكنُ الْقِسْمَةُ . وهكذا الرَّحَى إِنْ
 كَانَ لَهَا حِصْنٌ يُمكنُ قِسْمَتُهُ ، بِحَيْثُ يَخْصُلُ الْحَجَرَانِ فِي أَحَدِ الْقِسْمَيْنِ ،
 أَوْ كَانَ فِيهَا أَرْبَعَةُ أَحْجَارٍ دَائِرَةٌ يُمكنُ أَنْ يُفْرَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحَجَرَيْنِ ،

الإنصاف
 قال الْحَارِثِيُّ : وَإِذَا الْمُصَنِّفُ هُنَا يَقْتَضِي التَّعْوِيلَ عَلَى هَذِهِ الرُّوَايَةِ ، دُونَ مَا عَدَّاهَا ؛
 لِأَنَّهُ مِثْلُ مَا لَا تَجِبُ قِسْمَتُهُ بِالْحَمَّامِ وَالْبَيْتِ الصَّغِيرَيْنِ ، وَالطَّرِيقِ وَالْعِرَاصِ
 الصَّيْفَةِ . وكذلك أَبُو الْخَطَّابِ فِي « كِتَابِهِ » . انتهى . قال الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَشْهُرُ
 عَنْ أَحْمَدَ وَأَصْحَ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْعُمْدَةِ » ، فِي بَابِ الْقِسْمَةِ . قال فِي
 « التَّلْخِيسِ » : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَيْ مَنْفَعَةٌ كَانَتْ ،^(٢) (وَلَوْ كَانَتْ^(٣)) بِالسُّكْنَى .
 وَهُوَ ظَاهِرُ إِطْلَاقِهِ فِي « الْمُجَرَّدِ » . انتهى . وَالرُّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، مَا ذَكَرْنَا ، وَأَنْ لَا تَنْقُصَ
 الْقِيَمَةُ بِالْقِسْمَةِ نَقْصًا بَيْنًا . نَقَلَهُ الْمِثْمُونِيُّ . وَاعْتَبَارُ النُّقْصِ ، هُوَ مَا مَالَ إِلَيْهِ
 الْمُصَنِّفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، فِي بَابِ الْقِسْمَةِ ، وَأَطْلَقَهُمَا فِي « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » .
 وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي بَابِ الْقِسْمَةِ بَاطِمٌ مِنْ هَذَا مُحَرَّرًا .

(١) فِي م : مِنْهُمْ .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ . وإن لم "يُمْكِنْ ذلك ، بأن" يَحْصُلَ لكلٍّ واحدٍ منهما ما لا يَتِمُّكُنْ به من إبقائها رَحَى ، لم تَجِبِ الشُّفْعَةُ . فأَمَّا الطَّرِيقُ ، فَإِنَّ الدَّارَ إِذَا بِيَعَتْ وَلَهَا طَرِيقٌ فِي شَارِعٍ أَوْ دَرْبٍ نَافِذٍ ، فلا شُفْعَةُ فِي الدَّارِ وَلَا فِي الطَّرِيقِ ؛ لِأَنَّهُ لَا شَرِكَةَ لِأَحَدٍ فِي ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ الطَّرِيقُ فِي دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ وَلَا طَرِيقَ لِلدَّارِ سِوَى ذَلِكَ الطَّرِيقِ ، فلا شُفْعَةُ أَيْضًا ؛ [١١٦/٥ ط] لِأَنَّ إِبْثَاتَ ذَلِكَ يَضُرُّ بِالْمُشْتَرَى ؛ لِأَنَّ الدَّارَ تَبْقَى بِلا طَرِيقٍ . وَإِنْ كَانَ لِلدَّرْبِ بَابٌ آخَرُ يُسْتَطَرَقُ مِنْهُ ، أَوْ كَانَ لَهَا مَوْضِعٌ يَفْتَحُ مِنْهُ بَابٌ لَهَا إِلَى الطَّرِيقِ النَّافِذِ ، نَظَرْنَا فِي الطَّرِيقِ الْمَبِيعِ مَعَ الدَّارِ ، فَإِنْ كَانَ مَمَرًا لَا تُمْكِنُ قِسْمَتُهُ فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ يُمْكِنُ قِسْمَتُهُ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَرْضٌ مُشْتَرَكَةٌ تَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ، فَوَجَبَتْ فِيهَا الشُّفْعَةُ ، كَغَيْرِ الطَّرِيقِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَجِبَ الشُّفْعَةُ فِيهَا بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ يَلْحَقُ الْمُشْتَرَى بِتَحْوِيلِ الطَّرِيقِ إِلَى مَكَانٍ آخَرَ ، مَعَ مَا فِي الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ مِنْ تَفْرِيقِ صَفَقَتِهِ وَأَخْذِ بَعْضِ الْمَبِيعِ مِنَ الْعَقَارِ دُونَ بَعْضٍ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ كَانَ الشَّرِيكَ فِي الطَّرِيقِ شَرِيكًا فِي الدَّارِ فَأَرَادَ أَخْذَ الطَّرِيقِ وَخَذَهَا . وَالْقَوْلُ فِي دَهْلِيزِ الدَّارِ وَصَحْنِهِ ، كَالْقَوْلِ فِي الطَّرِيقِ الْمَمْلُوكِ . وَإِنْ كَانَ نَصِيبُ الْمُشْتَرَى مِنَ الطَّرِيقِ أَكْثَرَ مِنْ حَاجَتِهِ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ فِي الزَّائِدِ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لَوْجُودِ الْمُقْتَضَى وَعَدَمِ الْمَانِعِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ فِي ثُبُوتِهَا تَبْعِيضَ صَفَقَةِ الْمُشْتَرَى ، وَلَا يَخْلُو مِنَ الضَّرَرِ .

وَمَا لَيْسَ بِعَقَارٍ ؛ كَالشَّجَرِ ، وَالْحَيَوَانِ ، وَالْبِنَاءِ الْمُفْرَدِ ، فِي
إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . إِلَّا أَنَّ الْبِنَاءَ وَالْغِرَاسَ يُؤْخَذُ تَبَعًا لِلْأَرْضِ ، وَلَا
تُؤْخَذُ الثَّمَرَةُ وَالزَّرْعُ تَبَعًا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

٢٣٨٩ - مسألة : (و) لَا تَجِبُ فِيهَا (لَيْسَ بِعَقَارٍ ؛ كَالشَّجَرِ ،
وَالْحَيَوَانِ ، وَالْبِنَاءِ الْمُفْرَدِ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . إِلَّا أَنَّ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ
يُؤْخَذُ تَبَعًا لِلْأَرْضِ ، وَلَا يُؤْخَذُ الزَّرْعُ وَالثَّمَرَةُ تَبَعًا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ)
وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ مِنْ شُرُوطِ وَجُوبِ الشُّفْعَةِ ، أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ أَرْضًا ؛
لأنَّهَا الَّتِي تَبْقَى عَلَى الدَّوَامِ وَيَدُومُ ضَرَرُهَا ، وَغَيْرُهَا يَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ ؛
أَحَدُهُمَا ، تَثَبُّتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ تَبَعًا لِلْأَرْضِ ، وَهُوَ الْبِنَاءُ وَالْغِرَاسُ يُبَاغُ مَعَ
الْأَرْضِ ، فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ تَبَعًا ، بَغَيْرِ خِلَافٍ فِي الْمَذْهَبِ ، وَلَا نَعْرِفُ
فِيهِ بَيْنَ مَنْ أَثْبَتَ الشُّفْعَةَ خِلَافًا . وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ ، وَقَضَاؤُهُ

قوله : وَلَا تُؤْخَذُ الثَّمَرَةُ وَالزَّرْعُ تَبَعًا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، اخْتَارَهُ
الْقَاضِي ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ فِي
« رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، وَالشَّرِيفِ أَبِي جَعْفَرٍ فِي آخَرَيْنِ . انْتَهَى .
وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوسٍ فِي
« تَذَكِيرَتِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الرَّعَايَةِ
الْكُبْرَى » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، تُؤْخَذُ تَبَعًا ؛ كَالْبِنَاءِ ، وَالْغِرَاسِ .
وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْهَدَايَةِ » . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِيصِ » : وَقَالَ
أَبُو الْخَطَّابِ : تُؤْخَذُ الثَّمَارُ . وَعَلَيْهِ يُخْرَجُ الزَّرْعُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي
قَدِيمًا فِي « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،

بالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شِرْكٍ لَمْ يُقَسِّمْ ، رُبْعَةً أَوْ حَائِطٍ^(١) . وَهَذَا يَدْخُلُ فِيهِ الْبِنَاءُ وَالْأَشْجَارُ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، مَا لَا تَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ تَبَعًا وَلَا مُفْرَدًا ، وَهُوَ الزَّرْعُ وَالشَّمْرَةُ الظَّاهِرَةُ ، وَيُبَاعُ مَعَ الْأَرْضِ ، فَلَا يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ مَعَ الْأَصْلِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ مَعَ أَصُولِهِ . وَقَدْ ذَكَرَ أَصْحَابُنَا وَجْهًا مِثْلَ قَوْلِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِمَا فِيهِ الشُّفْعَةُ ، فَتَبَّتْ فِيهِ [١١٧/٥] الشُّفْعَةُ تَبَعًا ، كَالْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ تَبَعًا ، فَلَا يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ ، كَقُمَاشِ الدَّارِ ، وَعَكْسُهُ الْبِنَاءُ وَالْغِرَاسُ ، يُحَقِّقُ ذَلِكَ أَنَّ الشُّفْعَةَ يَبِيعُ فِي الْحَقِيقَةِ ، لَكِنَّ الشَّارِعَ جَعَلَ لَهُ سُلْطَانَ الْأَخْذِ بغيرِ رِضَا الْمُشْتَرِي . فَإِنْ بَاعَ الشَّجَرُ فِيهِ ثَمْرَةٌ غَيْرُ ظَاهِرَةٍ ، كَالطَّلْعِ غَيْرِ الْمُؤَبَّرِ ، دَخَلَ فِي الشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَّبَعُ فِي الْبَيْعِ ، فَأَشْبَهَتْ الْغِرَاسَ فِي الْأَرْضِ . فَإِنْ بَاعَ ذَلِكَ مُفْرَدًا ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ ، سِوَاءِ

و «الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى» ، و «الفائق» . وَظَاهِرُ «الْهِدَايَةِ» ، و «الْمُسْتَوْعِبِ» ، و «الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، الْإِطْلَاقُ . وَأَكْثَرُهُمْ إِنَّمَا حَكَى الْاِحْتِمَالَ ، أَوِ الْوَجْهَ ، فِي الثَّمَرِ ، وَخَرَجَ مِنْهُ إِلَى الزَّرْعِ . وَقَيَّدَ الْمُصَنِّفُ الثَّمْرَةَ بِالظَّاهِرَةِ ، وَأَنَّ غَيْرَ الظَّاهِرَةِ تَدْخُلُ تَبَعًا ، مَعَ أَنَّهُ قَالَ فِي «الْمُعْنَى»^(٢) : إِنْ اشْتَرَاهُ فِيهِ طَلْعٌ لَمْ يُؤَبَّرْ ، فَأَبْرَهُ ، لَمْ يَأْخُذْ الثَّمْرَةَ ، وَإِنَّمَا يَأْخُذُ الْأَرْضَ وَالنَّخْلَ بِحَصَّتِهِ ، كَمَا فِي شِقْصِ وَسَيْفٍ . وَكَذَا ذَكَرَ غَيْرُهُ ، إِذَا لَمْ يَدْخُلْ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ الْأَصْلَ بِحَصَّتِهِ .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٧ .

(٢) انظر : المعنى ٤٤٠/٧ .

كان مِمَّا يُثْقَلُ ؛ كَالْحَيَوَانِ ، وَالثِّيَابِ^(١) ، وَالسُّفْنِ ، وَالْحِجَارَةِ ،
وَالزَّرْعِ ، وَالثَّمَارِ ، أَوْ لَا يُثْقَلُ ؛ كَالْبِنَاءِ ، وَالْغِرَاسِ ، إِذَا بَاعَ مُفْرَدًا .
وبهذا قال الشافعي ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عَنْ الْحَسَنِ ، وَالثَّوْرِيِّ ،
وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالْعَنْبَرِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَرَبِيعَةَ ، وَإِسْحَاقَ : لَا شُفْعَةَ فِي
الْمَنْقُولَاتِ . وَاخْتَلَفَ فِيهِ عَنْ عَطَاءٍ ، وَمَالِكٍ ، فَقَالَا مَرَّةً كَذَلِكَ ، وَمَرَّةً
قَالَا : الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ حَتَّى فِي الثَّوْبِ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : وَقَدْ رَوَى
عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ الشُّفْعَةَ وَاجِبَةٌ فِيمَا لَا يَنْقَسِمُ ؛ كَالْحَجَرِ ،
وَالسَّيْفِ ، وَالْحَيَوَانِ ، وَمَا فِي مَعْنَى ذَلِكَ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَعَنْ أَحْمَدَ ،
أَنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ فِي الْبِنَاءِ ، وَالْغِرَاسِ ، وَإِنْ بَاعَ مُفْرَدًا . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛
لِعُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يَنْقَسَمْ » . وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ وَجِبَتْ
لِدَفْعِ الضَّرَرِ ، وَالضَّرَرُ فِيمَا لَا يَنْقَسِمُ أَبْلَغُ مِنْهُ فِيمَا يَنْقَسِمُ . وَقَدْ رَوَى
ابْنُ أَبِي مُلَيْكَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ »^(٢) .

فائدة : لو كان السُّفْلُ لشخصٍ ، وَالْعُلُوُّ مُشْتَرَكًا ، وَالسَّقْفُ مُخْتَصًّا بِصَاحِبِ
السُّفْلِ ، أَوْ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَصْحَابِ الْعُلُوِّ ، فَلَا شُفْعَةَ فِي السَّقْفِ ؛ لِأَنَّهُ لَا أَرْضَ
لَهُ ، فَهُوَ كَالْأُيُنَيْةِ الْمُفْرَدَةِ . وَإِنْ كَانَ السَّقْفُ لِأَصْحَابِ الْعُلُوِّ ، فَفِيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّ
قَرَارَهُ كَالْأَرْضِ . قَدَّمَهُ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » ،
و « الْفَائِقِ » . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ لِلْسُّفْلِ ، وَإِنَّمَا

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْبِئَاتِ » .

(٢) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ أَنَّ الشَّرِيكَ شَفِيعٌ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٦ / ١٣٤ .

وَلَنَا ، أَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصُرِّفَتِ الطَّرُوقُ ، فَلَا شُفْعَةَ » . لَا يَتَنَاوَلُ إِلَّا مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَإِنَّمَا أَرَادَ مَا لَا يَنْقَسِمُ مِنَ الْأَرْضِ ؛ لِقَوْلِهِ : « فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصُرِّفَتِ الطَّرُوقُ » . وَلَأنَّ هَذَا مِمَّا لَا يَتَّبَاقِي ضَرَرُهُ عَلَى الدَّوَامِ ، فَلَمْ تَجِبْ فِيهِ الشُّفْعَةُ ، كَصُبْرَةِ الطَّعَامِ . وَحَدِيثُ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ مُرْسَلٌ ، وَلَمْ يُرَوْ فِي الْكُتُبِ الْمُوثُوقِ بِهَا . وَالْحُكْمُ فِي الْغِرَافِ^(١) وَالذُّوْلَابِ وَالتَّاعُورَةِ ، كَالْحُكْمِ فِي الْبِنَاءِ . فَأَمَّا إِنْ بِيَعَتِ الشَّجَرَةُ مَعَ قَرَارِهَا مِنَ الْأَرْضِ ، مُفْرَدَةً عَمَّا يَتَخَلَّلُهَا مِنَ الْأَرْضِ ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ مَا لَا يَنْقَسِمُ مِنَ الْعَقَارِ ، فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مَا ذَكَرْنَاهُ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَنْقَسِمُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَجِبَ الشُّفْعَةُ فِيهَا بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الْقَرَارَ تَابِعٌ لَهَا ، فَإِذَا لَمْ تَجِبِ الشُّفْعَةُ فِيهَا مُفْرَدَةً لَمْ تَجِبْ [١١٧/٥] فِي تَبِعِهَا . وَإِنْ بِيَعَتْ حِصَّةً مِنْ عُلوِّ دَارٍ مُشْتَرَكٍ ، وَكَانَ السَّقْفُ الَّذِي تَحْتَهُ لِصَاحِبِ السُّفْلِ ، فَلَا شُفْعَةَ فِي الْعُلُوِّ ؛ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ مُفْرَدٌ ، وَإِنْ كَانَ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ مُفْرَدٌ ؛ لِكَوْنِهِ لَا أَرْضَ لَهُ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنِ السَّقْفُ لَهُ . وَيَحْتَمِلُ ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ لَهُ قَرَارًا ، أَشْبَهَ السُّفْلَ .

له عليه حقٌ ، فَأَشْبَهَ مُسْتَأْجَرَ الْأَرْضِ . خَرَّجَهُ بَعْضُ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي الْإِنْصَافِ « التَّلْخِصِ » ، وَقَالَ : فَأَوْضَتْ فِيهَا بَعْضُ أَصْحَابِنَا ، وَتَقَرَّرَ حُكْمُهَا بَيْنِي وَبَيْنَهُ عَلَى مَا بَيَّنْتُ . وَهَذَا الْوَجْهُ قَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، فَقَالَ^(٢) : وَإِنْ بِيَعَتْ حِصَّةً مِنْ

(١) الغراف : ما يغرف به .

(٢) انظر : المغنى ٤٤١/٧ .

فصل : الثالث ، المطالبة بها على الفور ساعة يعلم . نص عليه . وقال القاضي : له طلبها في المجلس وإن طال [١٤٣ ، ١٤٤] فإن أخره ، سقطت شفعته .

فصل : الشرط (الثالث ، المطالبة بها على الفور ساعة يعلم . نص عليه . وقال القاضي : له طلبها في المجلس وإن طال ، فإن أخر الطلب ، سقطت شفعته (ظاهر المذهب ، أن حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع ، ولا بطلت . نص عليه أحمد ، في رواية أبي طالب ،

علو دار مشترك ، نظرت ؛ فإن كان السقف الذي تحته لصاحب السفلى ، فلا شفعة في العلو ؛ لأنه بناء متفرّد ، وإن كان لصاحب العلو ، فكذلك ؛ لأنه بناء متفرّد ، لكونه لا أرض له ، فهو كالأرض لم يكن السقف له . ويحتمل ثبوت الشفعة ؛ لأن له قراراً ، فهو كالسفل . انتهى . وقدمه أيضاً الشارح ، وابن رزين . وأطلقهما في « شرح الحارثي » . ولو باع حصته من علو مشترك على سقف لملك السفلى ، فقال في « المغني » ، و « الشرح » ، و « التلخيص » ، وغيرهم : لا شفعة لشريك العلو ؛ لأنفراد البناء . واقتصر عليه الحارثي . وإن كان السقف مشتركاً بينه وبين أصحاب العلو ، فكذلك . قاله في « التلخيص » وغيره . وإن كان السفلى مشتركاً ، والعلو خالصاً لأحد الشريكين ، فباع العلو ونصيبه من السفلى ، فللشريك الشفعة في السفلى ، لا في العلو ؛ لعدم الشراكة فيه .

قوله : الثالث ، المطالبة بها على الفور . هذا الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير [٢٠٧/٢ ، ٢٠٨] الأصحاب ، وقطع به كثير منهم ، ونص عليه . بل هو المشهور عنه . وعنه ، أنها على التراخي ما لم يرض ، كخيار العيب . اختاره القاضي يعقوب ،

فقال : الشُّفْعَةُ بِالْمُؤَانَبَةِ سَاعَةً يَعْلَمُ . وهو قول ابنِ شُبْرُومَةَ ، والبُتِّي ، والأوزاعي ، وأبي حنيفة ، والعنبري ، والشافعي في جديده قوله . وعن أحمد ، رواية ثانية ، أَنَّ الشُّفْعَةَ عَلَى التَّرَاجِي ، لَا تَسْقُطُ مَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا مِنْ عَفْوٍ أَوْ مُطَابَقَةٍ بِقِسْمَةٍ وَنَحْوِهِ . وهو قول مالك ، وقول الشافعي ، إِلَّا أَنَّ مَا لِكَأ قَالَ : تَنْقَطِعُ بِمُضِيِّ سَنَةٍ . وعنه ، بِمُضِيِّ مُدَّةٍ يَعْلَمُ أَنَّهُ تَارِكٌ لَهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا الْخِيَارَ لَا ضَرَرَ فِي تَرَاجِيهِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِالتَّأْخِيرِ ، كَحَقِّ الْقِصَاصِ . وَبَيَانُ عَدَمِ الضَّرَرِ ، أَنَّ التَّنْفَعَ لِلْمُشْتَرِي بِاسْتِغْلَالِ الْمَبِيعِ . فَإِنْ أَحْدَثَ فِيهِ عِمَارَةً مِنْ بِنَاءٍ أَوْ غِرَاسٍ ، فَلَهُ قِيمَتُهُ . وَحُكِيَ عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَالثَّوْرِيِّ ، أَنَّ الْخِيَارَ مُقَدَّرٌ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ . وَهُوَ أَحَدُ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَ حُدَّ بِهَا خِيَارُ الشَّرْطِ ، فَصَلَحَتْ حَدًّا لِهَذَا الْخِيَارِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى ابْنُ الْبَيْلَمَانِيِّ^(١) عَنْ أَبِيهِ عَنْ عُمَرَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعِقَالِ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَه^(٢) . وَفِي لَفْظٍ : « الشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ الْعِقَالِ ، إِنْ قِيْدَتْ ثَبَّتَتْ ، وَإِنْ تَرَكْتُ فَالِلَّوْمِ

قَالَ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ : وَحُكِيَ جَمَاعَةٌ ، وَعَدَّاهُمْ ، رِوَايَةً بِثُبُوتِهَا عَلَى التَّرَاجِي ، لَا تَسْقُطُ مَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا أَوْ دَلِيلِهِ ؛ كَالْمُطَابَقَةِ بِقِسْمَةٍ ، أَوْ بَيْعٍ ، أَوْ هِبَةٍ ، نَحْوُ : بَعْنِيهِ . أَوْ : هَبْ لِي . أَوْ : قَاسِمْنِي . أَوْ : بَعْنِي لِفُلَانٍ . أَوْ : هَبْ لِي . انْتَهَى . وَالتَّفْرِيعُ عَلَى الْأَوَّلِ .

(١) فِي م : ه السِّلْمَانِيُّ .

(٢) فِي : بَابُ طَلَبِ الشُّفْعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الشُّفْعَةِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَه ٨٣٥/٢ . كَمَا أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ رِوَايَةِ أَلْفَاظٍ مَنكَرَةٍ يَذْكُرُهَا بَعْضُ الْفُقَهَاءِ فِي مَسَائِلِ الشُّفْعَةِ . مِنْ كِتَابِ الشُّفْعَةِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠٨/٦ .

عَلَى مَنْ تَرَكَهَا . وَرُويَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَائْتَبَهَا » . رَوَاهُ الْفُقَهَاءُ فِي كُتُبِهِمْ ^(١) . وَلِأَنَّهُ خِيَارٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الْمَالِ ، فَكَانَ عَلَى الْفَوْرِ ، كَخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، « وَلِأَنَّ » إِبْتَاتَهُ عَلَى التَّرَاجِي يَضُرُّ الْمُشْتَرِي ؛ لِكَوْنِهِ لَا يَسْتَقِرُّ مِلْكُهُ عَلَى الْمَبِيعِ ، وَيَمْنَعُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ بِعِمَارَةٍ خَشِيَّةٍ أَخَذَهُ مِنْهُ ، وَلَا يَنْدَفِعُ عَنْهُ الضَّرَرُ بِدَفْعِ قِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّ خَسَارَتَهَا فِي الْغَالِبِ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهَا [١١٨/٥] مَعَ تَعَبِ قَلْبِهِ وَبَدَنِهِ فِيهَا . وَالتَّحْدِيدُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ تَحْكُمُ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ ، وَالْأَصْلُ الْمَقِيسُ عَلَيْهِ مَمْنُوعٌ ، ثُمَّ هُوَ بَاطِلٌ بِخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ . إِذَا تَقَرَّرَ هَذَا ، فَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَتَقَدَّرُ الْخِيَارُ بِالْمَجْلِسِ . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . فَمَتَى طَالَبَ فِي مَجْلِسِ الْعِلْمِ ، ثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ ، وَإِنْ طَالَ ؛ لِأَنَّ الْمَجْلِسَ كُلَّهُ

قوله : سَاعَةً يَعْلَمُ . نَصُّ عَلَيْهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ . أَغْنَى ، أَنَّ الْمُطَالَبَةَ عَلَى الْفَوْرِ سَاعَةً يَعْلَمُ . نَصُّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . جَزَمَ بِهِ ابْنُ الْبَنَّا فِي « خِصَالِهِ » ، وَ « الْعُمْدَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « مُتَخَبِ الْأَرْجَى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْهَادِي » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَ « إِذْرَاكِ الْغَايَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . نَقَلَ ابْنُ

(١) ذكره الحافظ ابن حجر ، في : كتاب الشفعة . تلخيص الحبير ٣ / ٥٦ ، ٥٧ . وأخرجه عبد الرزاق من قول

شرح ، في : باب الشفيع يأذن قبل البيع ... ، من كتاب البيوع . المصنف ٨ / ٨٣ .

(٢-٢) في م : « لِأَنَّ » .

الشرح الكبير

في حُكْمِ حَالَةِ الْعَقْدِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْقَبْضَ فِيهِ لِمَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ ، كَالْقَبْضِ حَالَةَ الْعَقْدِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَتَقَدَّرُ بِالْمَجْلِسِ ، بَلْ مَتَى طَالَ عَقِيبَ عِلْمِهِ ، وَإِلَّا بَطَلَتْ شَفَعَتُهُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي الْجَدِيدِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخَبَرِ وَالْمَعْنَى . وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ . فَعَلَى هَذَا ، مَتَى أُخِرَ الْمُطَالَبَةُ عَنْ وَقْتِ الْعِلْمِ لِغَيْرِ عُذْرٍ ، بَطَلَتْ شَفَعَتُهُ ، وَإِنْ أُخِرَهَا الْعُذْرُ ؛ مِثْلُ أَنْ لَا يَعْلَمَ ، أَوْ يَعْلَمَ لَيْلًا فَيُؤَخِّرُ إِلَى الصُّبْحِ ، أَوْ لِشِدَّةِ جُوعٍ أَوْ عَطَشٍ حَتَّى يَأْكُلَ وَيَشْرَبَ ، أَوْ أُخِرَهَا لَطَهَارَةٍ أَوْ إِغْلَاقِ بَابٍ ، أَوْ لِيَخْرُجَ مِنَ الْحَمَّامِ ، أَوْ لِيُوْذَنَ وَيُقِيمَ وَيَأْتِيَ بِالصَّلَاةِ وَسُنَّتِهَا ، أَوْ لِيَشْهَدَهَا فِي جَمَاعَةٍ يَخَافُ فَوْتَهَا ، لَمْ تَبْطُلْ شَفَعَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ تَقْدِرُ هَذِهِ الْحَوَائِجَ عَلَى غَيْرِهَا ، فَلَا يَكُونُ الْاِشْتِغَالُ بِهَا رِضًا بِتَرْكِ الشُّفْعَةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي حَاضِرًا عِنْدَهُ فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ ، فَيُمْكِنُهُ مُطَالَبَتُهُ مِنْ غَيْرِ اِشْتِغَالِهِ عَنْ أَشْغَالِهِ ، فَإِنْ شَفَعَتُهُ تَبْطُلُ بِتَرْكِهِ الْمُطَالَبَةَ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا يَشْغَلُهُ عَنْهَا ، وَلَا تَشْغَلُهُ الْمُطَالَبَةُ عَنْهُ . فَأَمَّا مَعَ غَيْبِهِ فَلَا ؛ فَإِنَّ الْعَادَةَ تَقْدِرُ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ تَأْخِيرُهَا ، كَمَا

الإنصاف

مَنْصُورٌ ، لَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهَا حِينَ يَسْمَعُ ؛ حَتَّى يُعْلَمَ طَلَبُهُ ، ثُمَّ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ وَلَوْ بَعْدَ أَيَّامٍ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ طَلَبُهَا فِي الْمَجْلِسِ ، وَإِنْ طَالَ . وَهُوَ رَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ ، وَاخْتَارَهَا ابْنُ حَامِدٍ أَيْضًا ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِ الْقَاضِي مِنْهُمْ الشَّرِيفَانِ ؛ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَالزَّيْدِيُّ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « رُعُوسِ الْمَسَائِلِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْعُكْبَرِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا يَتَخَرَّجُ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ عَلَى مِثْلِهِ فِي خِيَارِ الْمُجْبَرَةِ ، وَمِنْ غَيْرِهِ . قَالَ : وَهَذَا مُتَّفَرِّعٌ عَلَى الْقَوْلِ بِالْفَوْرِيَّةِ ،

لو أمكنه أن يُسرعَ في مشيه ^(١) «أو يُحرك» دأبته ، فلم يفعلَ ومضى على حسبِ عادته ، لم تسقط شفعته ؛ لأنه طلب بحكمِ العادة . وإذا فرغ من حوائجه ، مضى على حسبِ عادته إلى المشتري ، فإذا لقيه بدأه بالسلام ؛ لأن ذلك السنة ^(٢) «وقد جاء» في الحديث : « من بدأ بالكلام قبل السلام ، فلا تجيبوه » ^(٣) . ثم يطالب . فإن قال بعد السلام : بارك الله لك في صفقة يمينك . أو دعا له بالمعفرة ونحو ذلك ، لم تبطل شفعته ؛ لأن ذلك يتصل بالسلام ، فهو من جملته ، والدعاء له بالبركة في الصفقة [١١٨/٥ ط] دعاء لنفسه ؛ لأن الشقص يرجع إليه ، فلا يكون ذلك رضا ، فإن اشتغل بكلام آخر ، أو سكّت لغير حاجة ، بطلت شفعته ؛ لما قدمنا .

كما في « التمام » ، وفي « المغني » ؛ لأن المجلس كله في معنى حالة العقد ، بدليل التقابض فيه لما يعتبر له القبض ، ينزل منزلة حالة العقد ، ولكن إيراد ههنا مشعر بكونه قسيما للفورية . انتهى . قال في « الفروع » : اختاره الخرقى ، وابن حامد ، والقاضى ، وأصحابه . قلت : ليس كما قال عن الخرقى ، بل ظاهر كلامه ، وجوب المطالبة ساعة يعلم ؛ فإنه قال : ومن لم يطالب بالشفعة في وقت عليه بالبيع ، فلا شفعة له . انتهى . وأطلقهما في « المذهب » .

(١ - ١) في م : « ويحرك » .

(٢ - ٢) في الأصل ، م : « لأن » .

(٣) أخرجه الترمذى ، في : باب ما جاء في السلام قبل الكلام ، من أبواب الاستئذان . عارضة الأحوذى

تنبيهان ؛ أحدهما ، قال الحارثي : وفي جعل هذا شرطاً إشكالاً ؛ وهو أن المطالبة بالحق فرع ثبوت ذلك الحق ، ورتبة ذلك الشرط تقدمه على المشروط ، فكيف يقال بتقدم المطالبة على ما هو أصل له ؟ هذا خلف . أو نقول : اشتراط المطالبة يوجب توقف الثبوت عليها ، ولا شك في توقف المطالبة على الثبوت ، فيكون دوراً . والصحيح ، أنه شرط لاستدامة الشفعة ، لا لأصل ثبوت الشفعة ؛ ولهذا قال : فإن أخره ، سقطت شفعته . انتهى . الثاني ، كلام المصنف وغيره ، مفيد بما إذا لم يكن عذر ، فإن كان عذر ؛ مثل أن لا يعلم ، أو علم ليلاً فأخره إلى الصبح ، أو أخره لشدة جوع ، أو عطش حتى أكل أو شرب ، أو أخره لطهارة ، أو إغلاق باب ، أو ليخرج من الحمام ، أو ليقضى حاجته ، أو ليؤذن ويقيم ويأتى بالصلاة وسنتها ، أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها ، ونحو ذلك . وفي « التلخيص » احتمال بأنه يقطع الصلاة ، إلا أن تكون فرضاً . قال الحارثي : وليس بشيء . وهو كما قال ، فلا تسقط إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الأحوال ، فمطالبتة ممكنة ، ماعدا الصلاة ، وليس عليه تخفيفها ، ولا الاختصار على أقل ما يجزئ . ثم إن كان غائباً عن المجلس ، حاضراً في البلد ، فالأولى أن يشهد على الطلب ، ويأدر إلى المشتري بنفسه ، أو بوكيله ، فإن بادر هو أو وكيله من غير إشهاد ، فالصحيح من المذهب ، أنه على شفعته . صححه في « التلخيص » ، و « شرح الحارثي » ، وغيرهما . قال الحارثي : وهو ظاهر إيراد المصنف في آخرين . وقيل : يشترط الإشهاد . اختاره القاضي في « الجامع الصغير » . ويأتي ، هل يملك الشفع الشقص بمجرد المطالبة ، أم لا ؟ عند قوله : وإن مات الشفع ، بطلت الشفعة . أما إن تعذر الإشهاد ، سقط ، بلا نزاع ، والحالة هذه ؛ لانتفاء التفسير . وإن اقتصر على الطلب مجرداً عن مواجهة

المقنع
إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ وَهُوَ غَائِبٌ ، فَيُشْهِدَ عَلَى الطَّلَبِ بِهَا ، ثُمَّ إِنْ أَخَّرَ الطَّلَبُ
بَعْدَ الْإِشْهَادِ عِنْدَ امْكِانِهِ ، أَوْ لَمْ يُشْهِدْ وَلَكِنْ سَارَ فِي طَلِبِهَا ، فَعَلَى
وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير
٢٣٩٠ - مسألة : (إِنْ أَنْ يَعْلَمَ وَهُوَ غَائِبٌ ، فَيُشْهِدَ عَلَى الطَّلَبِ ،
ثُمَّ إِنْ أَخَّرَ الطَّلَبُ بَعْدَ الْإِشْهَادِ مَعَ امْكِانِهِ) أَوْ تَرَكَ الْإِشْهَادَ (أَوْ لَمْ يُشْهِدْ

الإِنصاف
الْمُشْتَرَى ، قَالَ الْحَارِثِيُّ : فَالْمَذْهَبُ الْإِجْزَاءُ . قَالَ : وَكَذَلِكَ قَالَ أَبُو الْحَسَنِ بْنُ
الزَّائِغُونِيَّ فِي « الْمَبْسُوطِ » ، وَنَقَلْتُهُ مِنْ خَطِّهِ ، فَقَالَ : الَّذِي نَذَهَبُ إِلَيْهِ ، أَنَّ ذَلِكَ
يُعْنَى عَنِ الْمُطَالَبَةِ بِمَخْضَرِ الْخَضَمِ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي صِحَّةِ الْمُطَالَبَةِ .
وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا نَقَلَهُ أَبُو طَالِبٍ عَنْ أَحْمَدَ ، وَهُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَيْضًا ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ
أَبِي الْخَطَّابِ فِي « رُعُوسِ مَسَائِلِهِ » ، وَالْقَاضِي أَبِي الْحُسَيْنِ فِي « تَمَامِهِ » . وَصَرَّحَ
بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، لَكِنْ بَقَيْدِ الْإِشْهَادِ . وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ مِنْ رِوَايَةِ أَبِي
طَالِبٍ ، وَالْأَثَرِ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَإِيرَادُ الْمُصَنِّفِ [٢٠٧/٢ ظ] هُنَا يَفْتَضِي
عَدَمَ الْإِجْزَاءِ ، وَأَنَّ الْوَاجِبَ الْمُوَاجَهَةَ ، وَلِهَذَا قَالَ : فَإِنْ تَرَكَ الطَّلَبُ وَالْإِشْهَادَ
لَعَجْزِهِ عَنْهُمَا ؛ كَالْمَرِيضِ ، وَالْمَخْبُوسِ ، فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ . وَمَعْلُومٌ أَنَّهُمَا لَا
يَعْجِزَانِ عَنْ مُنَاطَقَةِ أَنْفُسِهِمَا بِالطَّلَبِ . وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ فِي « الْعُنْدَةِ » ؛ فَقَالَ : إِنْ
أَخَّرَهَا ، يَعْنِي الْمُطَالَبَةَ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَاجِزًا عَنْهَا لِعَيْتِهِ ، أَوْ حَبْسٍ ،
أَوْ مَرَضٍ ، فَيَكُونُ عَلَى شُفْعَتِهِ مَتَى قَدَرَ عَلَيْهَا . انْتَهَى كَلَامُ الْحَارِثِيِّ .

قوله : فَإِنْ أَخَّرَهَا ، سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ . يَعْنِي ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَدْ
تَقَدَّمَ رِوَايَةٌ بَأَنَّه عَلَى التَّرَاجِي .

قوله : إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ وَهُوَ غَائِبٌ ، فَيُشْهِدَ عَلَى الطَّلَبِ بِهَا ، ثُمَّ إِنْ أَخَّرَ الطَّلَبُ بَعْدَ

الشرح الكبير

ولكن سارَ في طَلَبِها ، فعلى وَجْهَيْنِ (متى عِلِمَ الغائبُ بالبيعِ ، وقَدَرَ على الإِشهادِ على المُطالبَةِ فلم يَفْعَلْ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ ، سَوَاءٌ قَدَرَ على التَّوَكُّيلِ أو عَجَزَ عنه ، أو سارَ عَقِيبَ العِلْمِ أو أَقَامَ . هذا ظاهرُ كلامِ أحمدَ ، في روايةِ أبى طالبٍ ، وهو ظاهرُ قولِ الخِرَقِيِّ ، وهو وَجْهٌ للشافعيِّ . والوَجْهُ الآخرُ ، لا يَحْتَاجُ إلى الإِشهادِ ؛ لأنَّهُ إذا ثَبَتَ عُذْرُهُ ، فالظاهرُ أَنَّهُ تَرَكَ الشُّفْعَةَ لذلك ، فَقَبِلَ قولُهُ فيه . ولنا ، أَنَّهُ قد يَتْرُكُ الطَّلَبَ للعُذْرِ

الإنصاف

الإِشهادِ عندَ إمكانِهِ ، أو لَمْ يُشْهِدْ ، لَكِنَّهُ سارَ في طَلَبِها ، فعلى وَجْهَيْنِ . شَمِلَ كلامُهُ مَسْأَلَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَن يُشْهِدَ على الطَّلَبِ حينَ يَعْلَمُ ، وَيُؤَخِّرَ الطَّلَبَ بعْدَهُ ، مع إمكانِهِ . فأُطْلِقَ في سُقُوطِ الشُّفْعَةِ بذلكَ وَجْهَيْنِ ، وأُطْلِقَهُمَا في « النَّظْمِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَائِقِ » ، و « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ؛ أَحَدُهُمَا ، لا تَسْقُطُ الشُّفْعَةُ بذلكَ . وهو المذهبُ ، نصرَهُ الْمُصَنِّفُ ، والشارحُ ، وهو ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ . وجَزَمَ بِهِ في « الْوَجِيزِ » وغيرِهِ . وقَدَّمَهُ في « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « التَّلْخِصِ » ، و « الْحَارِثِيِّ » ، وقالَ : هذا المذهبُ . والوَجْهُ الثَّانِي ، تَسْقُطُ إِذَا لم يَكُنْ عُذْرٌ . اختارَهُ القاضِي ، وابنُ عَبْدِوسٍ في « تَذَكُّرَتِهِ » . وهو اِحْتِمَالٌ في « الْهِدَايَةِ » .

تنبيهان ؛ أَحَدُهُمَا ، حَكَى الْمُصَنِّفُ في « الْمُعْنَى » ، وَمَنْ تَبِعَهُ ، أَنَّ السُّقُوطَ قَوْلُ القاضِي . قالَ الحارِثِيُّ : ولم يَحِكِهِ أَحَدٌ عن القاضِي سِوَاهُ ، والذي عَرَفْتُ مِنْ كلامِ القاضِي خِلَافَهُ . ونَقَلَ كلامَهُ مِنْ كُتُبِهِ ، ثم قالَ : والذي حَكَاهُ في « الْمُعْنَى » عنه ، إِنَّمَا قالَهُ في « الْمَجَرَّدِ » فيما إِذَا لم يَكُنْ أَشْهَدَ على الطَّلَبِ وليس

«وغيره» ، وقد يَسِيرُ لَطَلَبِ الشُّفْعَةِ وَيَسِيرُ لغيره ، وقد قَدَر على أن يُبَيِّنَ ذلك بالإشهاد ، فإذا لم يَفْعَلْ سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ ، كتاركِ الطَّلَبِ مع الحُضُورِ . وقال القاضي : إن سارَ عَقِيبَ عِلْمِهِ إلى البَلَدِ الذي فيه المُشْتَرِي من غيرِ إَشْهَادٍ ، اِحْتَمَلَ أن لا تَبْطُلَ شُفْعَتُهُ ؛ لأنَّ ظاهرَ سِيرِهِ أنَّه لَطَلَبَ . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْيِ ، والعَنْبَرِيِّ ، وقولُ للشافعي . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : له من الأجلِ بعدَ العِلْمِ قَدْرُ السَّيْرِ ، فإن مَضَى الأجلُ قبل أن يَطْلُبَ أو يَنْعَثَ ، بَطُلَتْ شُفْعَتُهُ . وقال العَنْبَرِيُّ : له مَسَافَةُ الطَّرِيقِ ذَاهِبًا وَجَائِيًا ؛ لأنَّ عُذْرَهُ في تَرْكِ الطَّلَبِ ظَاهِرٌ فلم يَحْتَجْ معه إلى الشَّهَادَةِ . وقد ذَكَرْنَا وَجْهَ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ .

بِالمَسْأَلَةِ نَهَتْ عَلَيْهِ خَشْيَةُ أَنْ يَكُونَ أَصْلًا لِنَقْلِ الْوَجْهِ الَّذِي أَوْرَدَهُ . انتهى . الثَّانِي قال ابنُ مُنْجَى في « شَرْحِهِ » : واعْلَمْ أَنَّ الْمُصَنِّفَ قال في « الْمُغْنَى » ^(١) : وإنْ أَخَّرَ الْقُدُومَ بَعْدَ الْإِشْهَادِ . بَدَلَ قَوْلِهِ : وإنْ أَخَّرَ الطَّلَبَ بَعْدَ الْإِشْهَادِ . وهو صَحِيحٌ ؛ لَأَنَّهُ لا وَجْهَ لِإِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ بِتَأْخِيرِ الطَّلَبِ بَعْدَ الْإِشْهَادِ ؛ لِأَنَّ الطَّلَبَ حِينَئِذٍ لا يُمَكِّنُ ، بِخِلَافِ الْقُدُومِ ، فَإِنَّهُ مُمَكِّنٌ ، وَتَأْخِيرُهُ ما يُمَكِّنُ ، لِإِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ ، وَجْهٌ ، بِخِلَافِ تَأْخِيرِ ما لا يُمَكِّنُ . انتهى . وكذلك الْحَارِثِيُّ مِثْلَ ما لو تَرَاخَى السَّيْرُ . انتهى . فعلى كِلَا الْوَجْهَيْنِ ، إِذَا وُجِدَ عُذْرٌ ؛ مِثْلُ أَنْ لا يَجِدَ مَنْ يُشْهَدُهُ ، أَوْ وَجَدَ مَنْ لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ كَالْمَرْأَةِ ، وَالْفَاسِقِ ، وَنَحْوِهِمَا ، أَوْ وَجَدَ مَنْ لا يَقْدُمُ مَعَهُ إِلَى مَوْضِعِ الْمُطَالَبَةِ ، لم تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ . وإنْ لم يَجِدْ إِلَّا مُسْتَوْرَى الْحَالِ ،

(١ - ١) في م : « وقد يتركه لغيره » .

(٢) انظر : المغنى ٤٦٣/٧ .

فصل : فإن أخرج الطلب بعد الإشهاد مع إمكانه ، فظاهر كلام الخرقى أن الشفعة بحالها . وقال القاضي : تبطل إذا قدر على المسير وأخره . وإن لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل في طلبها ، فلم يفعل ، بطلت أيضًا ، لأنه تارك للطلب بها مع قدرته عليه ، فسقطت ، كالحاضر ، أو كالموكل لم يشهد . وهذا مذهب الشافعي ، إلا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين ؛ أحدهما ، لا تبطل شفعته ؛ لأن له غرضًا في المطالبة بنفسه ؛ لكونه أقوم بذلك ، أو يخاف الضرر من جهة وكيله ، بأن يقر

فلم يشهدا ، فهل تبطل شفعته ، أم لا ؟ فيه احتمالان . وأطلقهما في « المغنى » ، و « الشرح » ، و « شرح الحارثي » ، و « الفروع » . قلت : الصواب أنها لا تسقط شفعته ؛ لأن الصحيح من المذهب ، أن شهادة مستورى الحال لا تقبل ؛ فهما كالفاسق بالنسبة إلى عدم قبول شهادتهما ، فإن أشهدهما ، لم تبطل شفعته ، ولو لم تقبل شهادتهما . وكذلك إن لم يقدر إلا على شاهد واحد ، فأشده أو ترك إشهاده . قاله المصنف ، والشارح . قال الحارثي : وإن وجد عدلًا واحدًا ، ففي « المغنى » ^(١) ، إشهاده وترك إشهاده سواء ، قال : وهو سهو ؛ فإن شهادة الواحد معقول بها مع يمين الطالب ، فتعين اعتبارها . ولو قدر على التوكيل ، فلم يوكل ، فهل تسقط شفعته ؟ فيه وجهان . وأطلقهما في « الفروع » ؛ أحدهما ، لا تبطل . وهو المذهب ، نصره المصنف ، والشارح . والوجه الثاني ، تبطل . اختاره القاضي ، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

(١) انظر : المغنى ٤٦٣/٧ .

عليه برشوة أو غير ذلك [١١٩/٥] فليزمه إقراره ، فكان معذوراً . ولنا ، أن عليه في السفر ضرراً بالتزامه كلفته ، وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بعينته ، والتوكيل إن كان بجعل لزمه غرم ، وإن كان بغير جعل ففيه منة ، ويخاف الضرر من جهته ، فاكْتَفَى بالإشهاد . فأما إن ترك السفر ؛ لعجزه عنه ، أو لضرر يلحقه فيه ، لم تبطل شفعته ، وجهاً واحداً ؛ لأنه معذور ، فهو كمن لم يعلم .

فائدة : لفظ الطلب : أنا طالب . أو : مُطالب . أو : آخذ بالشفعة . أو : قائم على الشفعة . ونحوه مما يفيد محاولة الأخذ ؛ لأنه مُحَصِّلٌ للغرض . المسألة الثانية ، إذا كان غائباً ، فسار حين علم في طلبها ، ولم يشهد ، مع القدرة على الإشهاد ، فأطلق المصنف في سقوطها وجهين ، وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوك الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « التلخيص » ، و « النظم » ، و « الرعايتين » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الزر كشي » ، وغيرهم ؛ أحدهما ، تسقط الشفعة . وهو المذهب ، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد ، في رواية أبي طالب . واختاره الخِرَقِيُّ ، وابن عبدوس . في « تذكيرته » . قال الحارثي : عليه أكثر الأصحاب . وقدمه في « شرح الحارثي » ، و « المعنى » ، و « الشرح » ، ونصره . وجزم به في « العمدة » . والوجه الثاني ، لا تسقط ، بل هي باقية . قال القاضي : إن سار عقب علمه إلى البلد الذي فيه المشتري ، من غير إشهاد ، احتمل أن لا تبطل شفعته . فعلى هذا الوجه ؛ يُبادرُ إليها بالمضي المعتاد [٢٠٨/٢] ، بلا نزاع ، ولا يلزمه قطع حمام ، وطعام ، وناقلة ، على الصحيح من المذهب . وقيل :

الشرح الكبير

فصل : تَجِبُ الشُّفْعَةُ لِلْغَائِبِ فِي قَوْلِ الْأَكْثَرِينَ ؛ مِنْهُمْ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرُويَ عَنْ النَّخَعِيِّ ، لَيْسَ لِلْغَائِبِ شُفْعَةٌ . وَبِهِ قَالَ الْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، إِلَّا لِلْغَائِبِ الْقَرِيبِ ؛ لِأَنَّ إِبْطَالَهَا يَضُرُّ بِالْمُشْتَرَى وَيَمْنَعُ اسْتِقْرَارَ مِلْكِهِ وَتَصَرُّفَهُ عَلَى حَسَبِ اخْتِيَارِهِ خَوْفًا مِنْ أَخْذِهِ ، فَلَمْ تَثْبُتْ كَمَا لَا تَثْبُتُ لِلْحَاضِرِ عَلَى

الإنصاف

بلى . وكذا الحكم لو كان غائبًا عن المجلس ، حاضِرًا في البلد .

تنبيهان ؛ أحدهما ، قال الحارثي : حَكَى الْمُصَنِّفُ الْخِلَافَ وَجْهَيْنِ ، وَكَذَا أَبُو الْخَطَّابِ ، وَإِنَّمَا هُمَا رَوَايَتَانِ . ثُمَّ قَالَ : وَأَصْلُ الْوَجْهَيْنِ فِي كِلَاهُمَا احْتِمَالَانِ ، أَوْرَدَهُمَا الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَالْاحْتِمَالَانِ إِنَّمَا أَوْرَدَهُمَا فِي الْإِشْهَادِ عَلَى السَّيْرِ لِلطَّلَبِ ، وَذَلِكَ مُغَايِرٌ لِلْإِشْهَادِ عَلَى الطَّلَبِ حِينَ الْعِلْمِ ، وَلِهَذَا قَالَ : ثُمَّ إِنْ أُخِّرَ الطَّلَبُ بَعْدَ الْإِشْهَادِ عِنْدَ امْتِنَانِهِ ، أَى السَّيْرِ لِلطَّلَبِ مُوَاجَهَةً . فَلَا يَصِحُّ إِثْبَاتُ الْخِلَافِ فِي الطَّلَبِ الْأَوَّلِ مُتَلَقًى عَنِ الْخِلَافِ فِي الطَّلَبِ الثَّانِي . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَلَمْ يُعْتَبَرْ فِي « الْمُحَرَّرِ » إِشْهَادًا فِيمَا عَدَا هَذَا ، وَالْإِشْهَادُ عَلَى الطَّلَبِ عِنْدَهُ عِبَارَةٌ عَنْ ذَلِكَ ، وَهُوَ خِلَافُ مَا قَالَ الْأَصْحَابُ . وَأَيْضًا فَلَا إِشْهَادَ عَلَى مَا قَالَ لَيْسَ إِشْهَادًا عَلَى الطَّلَبِ فِي الْحَقِيقَةِ ، بَلْ هُوَ إِشْهَادٌ عَلَى فَعْلٍ يَتَعَقَّبُهُ الطَّلَبُ . الثَّانِي ، اسْتَفَدْنَا مِنْ قُوَّةِ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّهُ إِذَا عَلِمَ ، وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ بِالطَّلَبِ ، وَسَارَ فِي طَلَبِهَا عِنْدَ امْتِنَانِهِ ، أَنَّهُ لَا تَسْقُطُ . وَهُوَ صَحِيحٌ . وَكَذَا لَوْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ ، وَسَارَ وَكَيْلَهُ ، وَكَذَا لَوْ تَرَخَى السَّيْرُ لِعُذْرِ .

فوائد ؛ إحداهما ، لَوْ لَقِيَ الْمُشْتَرَى ، فَسَلَّمَ عَلَيْهِ ، ثُمَّ عَقَّبَهُ بِالطَّلَبِ ، فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ . قَالَه الْأَصْحَابُ . وَكَذَا لَوْ قَالَ بَعْدَ السَّلَامِ : بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفَقَتِكَ .

التراخي . ولنا ، عُمُومُ قوله عليه السَّلامُ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَم » ^(١) .
وسائرُ الأحاديثِ . ولأنَّ الشُّفْعَةَ حَقٌّ مَالِيٌّ وَجَدَ سَبَبُهُ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْغَائِبِ ،
فِيُثْبِتُ لَهُ ، كَالْإِزْثِ ، وَلأنَّ شَرِيكَ لَمْ يَعْلَمْ بِالْبَيْعِ ، فَتُبْتُ لَهُ الشُّفْعَةُ عِنْدَ
عِلْمِهِ ، كَالْحَاضِرِ إِذَا كُتِمَ عَنْهُ الْبَيْعُ ، وَالْغَائِبِ غِيَّةً قَرِيَّةً ، وَضَرَرَ الْمُشْتَرِي
يَنْدَفِعُ بِإِجَابِ الثَّمَنِ لَهُ ، كَمَا فِي الصُّورِ الْمَذْكُورَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، وَلَمْ
يَعْلَمْ بِالْبَيْعِ إِلَّا عِنْدَ قُدُومِهِ ، فَلَهُ الْمُطَالَبَةُ وَإِنْ طَالَتْ غِيَّتُهُ ؛ لِأنَّ خِيَارَ ثَبَتَ

الشرح الكبير

ذَكَرَهُ الْآمِدِيُّ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُ وَاحِدٍ . وَصَحَّحَهُ فِي « الرُّعَايَةِ » . وَقَدَّمَهُ فِي
« الْفُرُوعِ » . وَكَذَا لَوْ دَعَا لَهُ بِالْمَغْفِرَةِ وَنَحْوِهِ . وَفِيهِمَا اخْتِمَالٌ ، تَسْقُطُ بِذَلِكَ .
الثَّانِيَةُ ، الْحَاضِرُ الْمَرِيضُ ، وَالْمَحْبُوسُ ، كَالْغَائِبِ فِي اخْتِيارِ الْإِشْهَادِ ، فَإِنْ تَرَكَ ،
فَفِي السَّقُوطِ مَا مَرَّ مِنَ الْخِلَافِ . الثَّالِثَةُ ، لَوْ نَسِيَ الْمُطَالَبَةَ أَوِ الْبَيْعَ ، أَوْ جَهَّلَهَا ،
فَهَلْ تَسْقُطُ الشُّفْعَةُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي
« الْمُعْنَى » ^(٢) : إِذَا تَرَكَ الطَّلَبَ نِسْيَانًا لَهُ ، أَوِ لِّلْبَيْعِ ، أَوْ تَرَكَهَ جَهْلًا بِاسْتِحْقَاقِهِ ،
سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » . وَقَاسَهُ هُوَ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى »
عَلَى الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَفِيهِ نَظَرٌ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهَا لَا تَسْقُطُ . قُلْتُ : وَهُوَ
الصَّوَابُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ . وَقَالَ : يَحْسُنُ بِنَاءُ الْخِلَافِ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ
فِي خِيَارِ الْمُعْتَقَةِ تَحْتَ الْعَبْدِ ، إِذَا مَكَّنْتَهُ مِنَ الْوَطْءِ جَهْلًا بِمِلْكِهَا لِلْفَسْخِ ، عَلَى مَا
يَأْتِي . وَإِنْ أَخْرَاهُ جَهْلًا بِأَنَّ التَّأْخِيرَ مُسْقِطٌ ؛ فَإِنْ كَانَ مِثْلُهُ لَا يَجْهَلُهُ ، سَقَطَتْ
لِتَقْصِيرِهِ ، وَإِنْ كَانَ مِثْلُهُ يَجْهَلُهُ ، فَقَالَ فِي « التَّلْخِيصِ » : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ .

الإنصاف

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٧ .

(٢) انظر : المعنى ٤٥٨/٧ .

وَأَنَّ تَرَكَ الطَّلَبَ وَالْإِشْهَادَ لِعَجْزِهِ عَنْهُمَا ؛ كَالْمَرِيضِ ، ^{المقنع}
وَالْمَحْبُوسِ ، وَمَنْ لَا يَجِدُ مَنْ يُشْهَدُهُ ،

الشرح الكبير

لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ عَنِ الْمَالِ ، فَتَرَاجَى الزَّمَانِ قَبْلَ الْعِلْمِ بِهِ لَا يُسْقِطُهُ ، كَالرَّدِّ
بِالْعَيْبِ ، وَمَتَى عَلِمَ فُحْكُمُهُ فِي الْمُطَالَبَةِ حُكْمُ الْحَاضِرِ ، فِي أَنَّهُ إِنْ طَالَبَ
عَلَى الْفَوْرِ اسْتَحَقَّ ، وَإِلَّا بَطَلَتْ شَفَعَتُهُ ، وَحُكْمُ الْمَرِيضِ وَالْمَحْبُوسِ
وَمَنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْبَيْعِ حُكْمُ الْغَائِبِ ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا .

٢٣٩١ - مسألة : (فَإِنْ تَرَكَ الطَّلَبَ وَالْإِشْهَادَ لِعَجْزِهِ عَنْهُمَا ؛
كَالْمَرِيضِ ، وَالْمَحْبُوسِ ، وَمَنْ لَا يَجِدُ مَنْ يُشْهَدُهُ) لَمْ تَبْطُلْ شَفَعَتُهُ .
أَمَّا إِذَا كَانَ مَرَضُهُ لَا يَمْنَعُ الْمُطَالَبَةَ ؛ كَالصَّدَاعِ الْيَسِيرِ وَالْأَلَمِ الْقَلِيلِ ،
فَهُوَ كَالصَّحِيحِ . وَإِنْ كَانَ الْمَرَضُ يَمْنَعُ الْمُطَالَبَةَ ؛ كَالْحُمَّى وَأَشْبَاهِهَا ،
فَهُوَ كَالْغَائِبِ فِي الْإِشْهَادِ وَالتَّوَكُّلِ . وَأَمَّا الْمَحْبُوسُ ، فَإِنْ كَانَ حُسْوَ
ظُلْمًا ، أَوْ بَدْنًا لَا يُمْكِنُهُ أَدَاؤُهُ ، فَهُوَ كَالْمَرِيضِ ، وَإِنْ كَانَ مَحْبُوسًا
[١١٩/٥ ط] بِحَقٍّ يَلْزِمُهُ أَدَاؤُهُ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهِ ، فَهُوَ كَالْمُطْلَقِ إِنْ لَمْ يُبَادِرْ
إِلَى الْمُطَالَبَةِ وَلَمْ يُؤَكِّلْ ، بَطَلَتْ شَفَعَتُهُ .

أَحَدُهُمَا ، لَا تَسْقُطُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ » ،
و « النَّظْمِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، تَسْقُطُ .
وَيَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ : إِذَا بَاعَ الشَّفِيعُ مِلْكَهُ قَبْلَ عِلْمِهِ . وَلَوْ قَالَ لَهُ : بِكَمْ
اشْتَرَيْتَ ؟ أَوْ : اشْتَرَيْتَ رَخِيصًا . فَهَلْ تَسْقُطُ الشَّفَعَةُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا
فِي « التَّلْخِيصِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : قَوَاعِدُ الْمَذْهَبِ
تَقْتَضِي سُقُوطَهَا ، مَعَ عِلْمِهِ .

أَوْ لِإِظْهَارِهِمْ زِيَادَةَ فِي الثَّمَنِ ، أَوْ نَقْصًا فِي الْمَبِيعِ ، أَوْ أَنَّهُ مَوْهُوبٌ

الشرح الكبير

فصل : فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْإِشْهَادِ فِي سَفَرِهِ ، لَمْ تَبْطُلْ شُفَعَتُهُ بِغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّهُ مَعْذُورٌ فِي تَرْكِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ تَرَكَ الطَّلَبَ لِعُذْرِ أَوْ لِعَدَمِ الْعِلْمِ . وَتَبَيَّنَ قَدْرُ عَلَى الْإِشْهَادِ فَأَحْرَهُ ، كَانَ كَتَأْخِيرِ الطَّلَبِ بِالشُّفْعَةِ ؛ إِنْ كَانَ لِعُذْرِ لَمْ تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ ، وَإِنْ كَانَ لَغَيْرِ عُذْرٍ سَقَطَتْ ؛ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ قَائِمٌ مَقَامَ الطَّلَبِ وَنَائِبٌ عَنْهُ ، فَيُعْتَبَرُ لَهُ مَا يُعْتَبَرُ لِلطَّلَبِ . وَمَنْ لَمْ يَقْدِرْ إِلَّا عَلَى إِشْهَادِ مَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ كَالْمَرْأَةِ ، وَالْفَاسِقِ ، فَتَرَكَ الْإِشْهَادَ ، لَمْ تَسْقُطْ شُفَعَتُهُ بِتَرْكِهِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُمْ غَيْرُ مَقْبُولٍ ، فَلَمْ تَلْزَمْ شَهَادَتُهُمْ ، كَالْأَطْفَالِ وَالْمَجَانِينِ . وَإِنْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يُشْهَدُهُ إِلَّا مَنْ لَا يَقْدَمُ مَعَهُ إِلَى مَوْضِعِ الْمُطَالَبَةِ ، فَلَمْ يُشْهَدْ ، فَالْأَوَّلَى أَنْ شُفَعَتُهُ لَا تَبْطُلُ ؛ لِأَنَّ إِشْهَادَهُ لَا يُفِيدُ ، فَأُشْبِهَ إِشْهَادَ مَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ . وَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا مَسْتُورِي الْحَالِ ، فَلَمْ يُشْهَدْهُمَا ، اِحْتِمَلُ أَنْ تَبْطُلَ ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتَهَا بِالتَّرَكِيَةِ ، فَأُشْبِهَا الْعَدْلَيْنِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَبْطُلَ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ فِي إِثْبَاتِ شَهَادَتِهِمَا إِلَى كُلْفَةٍ كَثِيرَةٍ ، وَقَدْ لَا يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا ، فَإِنْ أَشْهَدَهُمَا ، لَمْ تَبْطُلْ شُفَعَتُهُ ، سَوَاءً قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا أَوْ لَمْ تُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ؛ فَأُشْبِهَ الْعَاجِزَ عَنِ الْإِشْهَادِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَقْدِرْ إِلَّا عَلَى إِشْهَادِ وَاحِدٍ فَأُشْهَدَ ، أَوْ تَرَكَ إِشْهَادَهُ .

٢٣٩٢ - مسألة : (أَوْ لِإِظْهَارِهِمْ زِيَادَةَ فِي الثَّمَنِ ، أَوْ نَقْصًا فِي

الإنصاف

لَهُ ، أَوْ أَنَّ الْمُشْتَرَى غَيْرُهُ ، أَوْ أَخْبَرَهُ مَنْ لَا يُقْبَلُ خَبَرُهُ فَلَمْ يُصَدِّقْهُ ، ^{المقنع} فَهُوَ عَلَى شَفَعَتِهِ ، وَإِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ يُقْبَلُ خَبَرُهُ ، فَلَمْ يُصَدِّقْهُ ، أَوْ قَالَ لِلْمُشْتَرَى : بِعْنِي مَا اشْتَرَيْتَ . أَوْ : صَالِحِنِي . سَقَطَتْ شَفَعَتُهُ .

^{الشرح الكبير} المبيع ، أَوْ أَنَّ الْمُشْتَرَى غَيْرُهُ ، أَوْ أَخْبَرَهُ مَنْ لَا يُقْبَلُ خَبَرُهُ فَلَمْ يُصَدِّقْهُ ، أَوْ قَالَ لِلْمُشْتَرَى : بِعْنِي مَا اشْتَرَيْتَ . أَوْ : صَالِحِنِي . سَقَطَتْ شَفَعَتُهُ (إِذَا أَظْهَرَ الْمُشْتَرَى أَنَّ الثَّمَنَ أَكْثَرُ مِمَّا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ فَتَرَكَ الشَّفِيعُ الشَّفْعَةَ ، لَمْ تَبْطُلْ بِذَلِكَ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَمَالِكٌ ، إِلَّا أَنَّهُ

^{الإنصاف} قوله : وَإِنْ تَرَكَ الطَّلَبَ لَكَوْنِ الْمُشْتَرَى غَيْرِهِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ هُوَ ، فَهُوَ عَلَى شَفَعَتِهِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « ابْنِ مُنْجَى » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَ « تَذَكُّرَةِ ابْنِ عَبْدِوسٍ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهَا تَسْقُطُ ، وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » .

قوله : وَإِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ يُقْبَلُ خَبَرُهُ ، فَلَمْ يُصَدِّقْهُ ، سَقَطَتْ شَفَعَتُهُ . إِذَا أَخْبَرَهُ عَدْلَانِ فَلَمْ يُصَدِّقْهُمَا ، سَقَطَتْ شَفَعَتُهُ ، وَإِنْ أَخْبَرَهُ عَدْلٌ وَاحِدٌ فَلَمْ يُصَدِّقْهُ سَقَطَتْ شَفَعَتُهُ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُتَوَرِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَقِيلَ : لَا تَسْقُطُ . وَهُوَ وَجْهٌ ذَكَرَهُ الْآمِدِيُّ ، وَالْمَجْدُ ، وَصَحَّحَهُ النَّازِظُ ، وَهُمَا اخْتِمَالَانِ لِابْنِ عَقِيلٍ ، وَالْقَاضِي . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » :

قال : بعد أن يحلف : ما سلَّمتُ الشُّفْعَةَ إِلَّا لِمَكَانِ الثَّمَنِ الْكَثِيرِ . وقال ابنُ أبي لَيْلَى : لا شُفْعَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ سَلَّمَ وَرَضِيَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَرَكَهَا لِلْعُذْرِ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْضَاهُ بِالثَّمَنِ الْكَثِيرِ ، وَيَرْضَاهُ [١٢٠/٥] بِالْقَلِيلِ ، وَقَدْ يَعْجُزُ عَنِ الْكَثِيرِ ، فَلَمْ تَسْقُطْ بِذَلِكَ ، كَمَا لَوْ تَرَكَهَا لَعَدَمِ الْعِلْمِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَظْهَرَ^(١) أَنَّ الْمَبِيعَ سَهَامٌ قَلِيلَةٌ فَبَانَتْ كَثِيرَةٌ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرِغَبُ فِي الْكَثِيرِ دُونَ الْقَلِيلِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ بِالْعَكْسِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَقْدِرُ عَلَى ثَمَنِ الْقَلِيلِ دُونَ الْكَثِيرِ ، أَوْ أَنَّهُمَا تَبَايَعَا بِدَنَائِيرَ فَبَانَتْ بِدَرَاهِمَ أَوْ بِالْعَكْسِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَزُفَرٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَصَاحِبَاهُ : إِنْ كَانَ قِيمَتُهُمَا سَوَاءً ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهُمَا كَالْجِنْسِ الْوَاحِدِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا جِنْسَانِ ، أَشْبَهَا الثِّيَابَ وَالْحَيَوَانَ ، وَلِأَنَّهُ قَدْ يَمْلِكُ التَّقْدُّ الَّذِي وَقَعَ بِهِ الْبَيْعُ دُونَ مَا أَظْهَرَهُ ، فَيَتَرَكُهُ^(٢) لَعَدَمِ مِلْكِهِ لَهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَظْهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِتَقْدِيرِ فَبَانَ أَنَّهُ

بِنَاءً عَلَى اخْتِلَافِ الرُّوَايَتَيْنِ فِي الْجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ وَالرِّسَالَةِ ؛ هَلْ يُقْبَلُ فِيهَا خَبَرُ الْوَاحِدِ ، أَمْ يُحْتَاجُ إِلَى اثْنَيْنِ ؟ قُلْتُ : الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا بُدَّ فِيهَا مِنْ اثْنَيْنِ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَابِ طَرِيقِ الْحُكْمِ وَصِفَتِهِ ، فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ . وَالَّذِي يَظْهَرُ ، أَنَّهُمَا لَيْسَ مُبَيَّنَّيْنِ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّ الصَّحِيحَ هُنَا غَيْرُ الصَّحِيحِ هُنَاكَ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » .

تبيينان ؛ أحدهما ، المَرَأَةُ كَالرَّجُلِ ، وَالْعَبْدُ كَالْحُرِّ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ الْقَاضِي : هُمَا كَالْفَاسِقِ . وَقَدَّمَهُ فِي

(١) فِي م : « ظَهَرَ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « فَتَرَكَ » .

الشرح الكبير

اشْتَرَاهُ بَعْرَضٍ ، أَوْ بِالْعَكْسِ ، أَوْ بِنَوْعٍ مِنَ الْعُرُوضِ ، فَبَانَ أَنَّهُ بَغِيرُهُ ، أَوْ أَظْهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لَهُ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لْغَيْرِهِ ، أَوْ بِالْعَكْسِ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لِإِنْسَانٍ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لْغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرْضَى بِشَرِكَةِ إِنْسَانٍ دُونَ غَيْرِهِ ، وَقَدْ يُحَابِي إِنْسَانًا أَوْ يَخَافُهُ فَيَتْرُكُ لَذَلِكَ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَظْهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَى الْكُلَّ بِثَمَنِ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَى نِصْفَهُ بِنِصْفِهِ أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَى نِصْفَهُ بِثَمَنِ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَى جَمِيعَهُ بِضِعْفِهِ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَى الشُّقْصَ وَحْدَهُ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ هُوَ وَغَيْرُهُ ، أَوْ بِالْعَكْسِ ، لَمْ تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِيمَا أَبْطَنَهُ دُونَ مَا أَظْهَرَهُ ، فَيَتْرُكُ لَذَلِكَ ، فَلَمْ تَسْقُطِ شُفْعَتُهُ ، كَمَا لَوْ أَظْهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِثَمَنِ فَبَانَ أَقْلٌ مِنْهُ . فَأَمَّا إِنْ أَظْهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِثَمَنِ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَكْثَرٍ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَى الْكُلَّ بِثَمَنِ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَى بِهِ بَعْضَهُ سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ فِيمَا أَبْطَنَهُ أَكْثَرُ ، فَإِذَا لَمْ يَرْضَ بِهِ ^(١) بِالثَّمَنِ الْقَلِيلِ مَعَ قَلَّةِ ضَرَرِهِ ، فَبِالْكَثِيرِ أَوْ لَى .

« الفائق » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَإِلْحَاقُ الْعَبْدِ بِالْمَرْأَةِ وَالصَّبِيِّ غَلَطٌ ؛ لَكَوْنِهِ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ فِي الْمَذْهَبِ . انْتَهَى . وَإِنْ أَخْبَرَهُ مُشْتَرٍ الْحَالِ ، سَقَطَتْ . قَدَّمَهُ فِي « الفائق » . وَقِيلَ : لَا تَسْقُطُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الفروع » . وَإِنْ أَخْبَرَهُ فَاسِقٌ أَوْ صَبِيٌّ ، لَمْ تَسْقُطْ [٢٠٨/٢ ظ] شُفْعَتُهُ . إِذَا عَلِمْتَ ذَلِكَ ، فَإِذَا تَرَكَ - تَكْذِيبًا لِلْعَدْلِ أَوْ الْعَدْلَيْنِ عَلَى مَا مَرَّ - بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا مَا أُطْلِقَ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، وَجُمْهُورُ الْأَصْحَابِ . قَالَ : وَيَتَجَهُّ التَّقْيِيدُ بِمَا إِذَا كَانَتِ الْعِدَالَةُ مُعْلُومَةً

(١) سقط من : م .

فصل : فإن أخبره بالبيع مخبر فصدقه ، ولم يطالب بالشفعة ، بطلت شفعته ، سواء كان المخبر ممن يقبل خبره أو لا ؛ لأن العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره ؛ لقرائن دالة على صدقه . وإن قال : لم أصدقه . وكان المخبر ممن يحكم بشهادته ؛ كرجلين عدلين ، بطلت شفعته ؛ لأن قولهم حجة تثبت بها الحقوق . وإن [١٢٠/٥ ط] كان ممن لا يعمل بقوله ، كالفاسق ، والصبي ، لم تبطل . وحكى عن أبي يوسف ، أنها تسقط ؛ لأنه خبر يعمل به في الشرع في الإذن في دخول الدار وشبهه ، فسقطت ، كخبر العدل . ولنا ، أنه خبر لا يقبل في الشرع ، أشبه قول الطفل والمجنون . وإن أخبره رجل عدل ، أو مستور الحال ، سقطت شفعته . ويحتمل أن لا تسقط . ويروى هذا عن أبي حنيفة ، وزفر ؛ لأن الواحد لا تقوم به البينة . ولنا ، أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة ، فقبل من العدل ، كالرواية ، والفتيا ، وسائر الأخبار الدينية ، وفارق الشهادة ، فإنه يحتاج لها باللفظ ، والمجلس ، وحضور المدعى عليه ، وإنكاره ،

أو ظاهرة لا تخفى على مثله ، أما إن جهل ، أو كانت بمحل الخفاء أو التردد ، فالشفعة باقية ؛ لقيام العذر . هذا كله إذا لم يبلغ الخبر حد التواتر ، أما إن بلغ ، فتبطل الشفعة بالتروك ولا بد ، وإن كانوا فسقة ، على ما لا يخفى . انتهى .

التبئية الثاني ، محل ما تقدم ، إذا لم يصدقه . أما إن صدقه ، ولم يطالب بها ، فإنها تسقط ؛ سواء كان المخبر ممن لا يقبل خبره ، أو يقبل ؛ لأن العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن . قطع به المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

ولأنَّ الشَّهَادَةَ يُعَارِضُهَا إِنْكَارُ الْمُنْكَرِ ، وَتُوجِبُ الْحَقُّ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ هَذَا الْخَبَرِ ، وَالْمَرْأَةُ كَالرَّجُلِ فِي ذَلِكَ ، وَالْعَبْدُ كَالْحُرِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : هُمَا كَالْفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُمَا لَا يَثْبُتُ بِهِ حَقٌّ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا خَبَرٌ وَلَيْسَ بِشَهَادَةٍ ، فَاسْتَوَى فِيهِ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ ، وَالْعَبْدُ وَالْحُرُّ ، كَالرَّوَايَةِ ، وَالْأَخْبَارِ الدِّيْنِيَّةِ . وَالْعَبْدُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فِيمَا عَدَا الْحُدُودَ وَالْقِصَاصَ ، وَهَذَا مِمَّا عَدَاهُمَا ، فَأَشْبَهَ الْحُرَّ .

٢٣٩٣ - مسألة : وإن قال الشَّافِعِيُّ لِلْمُشْتَرِي : بِغْنِي مَا اشْتَرَيْتَ . أَوْ : قَاسِمْنِي . بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى رِضَاهُ بِشِرَائِهِ وَتَرْكِهِ الشُّفْعَةَ . وَإِنْ قَالَ : صَالِحِنِي عَلَى مَالٍ . سَقَطَتْ أَيْضًا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا تَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِإِسْقَاطِهَا ، وَإِنَّمَا رَضِيَ

قوله : أَوْ قَالَ لِلْمُشْتَرِي : بِغْنِي مَا اشْتَرَيْتَ . أَوْ : صَالِحِنِي . سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ . (إِذَا قَالَ لِلْمُشْتَرِي : بِغْنِي مَا اشْتَرَيْتَ^(١) . أَوْ : هَبْ لِي . أَوْ : ائْتِمْنِي عَلَيْهِ . سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَقَطَعَ بِهِ الْأَصْحَابُ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«مَسْبُوكِ الدَّهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«الْمُعْنَى» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«النَّظْمِ» ، وَ«الْوَجِيزِ» ، وَغَيْرِهِمْ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ : يَقْوَى عِنْدِي انْتِفَاءُ السَّقُوطِ ، كَقَوْلِ أَشْهَبَ صَاحِبِ مَالِكٍ . وَإِنْ قَالَ : صَالِحِنِي عَلَيْهِ . سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ أَيْضًا ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَطَعَ بِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«مَسْبُوكِ الدَّهَبِ» ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

بالمُعَاوَضَةِ عَنْهَا^(١) ، ولم تَثْبُتِ الْمُعَاوَضَةُ ، فَبَقِيَتْ الشُّفْعَةُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ رَضِيَ بِتَرْكِهَا وَطَلَبَ عَوَضَهَا ، فَثَبَّتَ التَّرْكَ الْمَرْضِيُّ بِهِ ، وَلَمْ يَثْبُتِ الْعَوَضُ . كَمَا لَوْ قَالَ : بِغَنَى . فَلَمْ يَغْنِهِ . وَلَأنَّ تَرَكَ الْمُطَالَبَةَ بِهَا كَافٍ فِي سُقُوطِهَا ، فَمَعَ طَلَبَ عَوَضِهَا أَوَّلَى . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ . فَإِنْ صَالَحَهُ عَنْهَا بِعَوَضٍ ، لَمْ يَصِحَّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ عَنْ إِزَالَةِ مِلْكٍ ، فَجَازَ ، كَأَخْذِ الْعَوَضِ عَنْ تَمْلِيكِ الْمَرْأَةِ أَمْرَهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ خِيَارٌ لَا يَسْقُطُ إِلَى مَالٍ ، فَلَمْ يَجُزْ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهُ ، كَخِيَارِ الشَّرْطِ ، وَبِهِ يَنْطَلُ مَا قَالَهُ . وَأَمَّا الْخُلْعُ ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ عَمَّا مَلَكَهُ بِعَوَضٍ ، وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ .

و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، وَنَصَرَاهُ هُنَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الشَّرْحِ » ، فِي بَابِ الصُّلْحِ . وَكَذَا جَزَمَ بِهِ هُنَاكَ صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرُهُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِيَيْنِ » : تَسْقُطُ الشُّفْعَةُ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . وَقِيلَ : لَا تَسْقُطُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَاتِقِ » هُنَاكَ ، وَأَطْلَقَهُمَا فِي « النَّظْمِ » أَيْضًا . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي بَابِ الصُّلْحِ .

تَنْبِيْهِ : مَحَلُّ الْخِلَافِ فِي سُقُوطِ الشُّفْعَةِ . وَهُوَ وَاضِحٌ ، أَمَّا الصُّلْحُ عَنْهَا بِعَوَضٍ ، فَلَا يَصِحُّ ، قَوْلًا وَاحِدًا . قَالَ الْأَصْحَابُ . وَجَزَمَ بِهِ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ فِي بَابِ الصُّلْحِ .

(١) سقط من : م .

فصل : وإن لَقِيَهُ الشَّفِيعُ [١٢١/٥] في غير بَلَدِهِ فلم يُطَالِبْهُ ، وقال :
 إنما تَرَكَتِ الْمُطَالِبَةَ لِأُطَالِبِهِ في الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ الْبَيْعُ ، أو الْمَيْعُ . أو :
 لَأُخَذَ^(١) الشَّقْصُ في مَوْضِعِ الشُّفْعَةِ . سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ
 بِعُذْرٍ في تَرْكِ الْمُطَالِبَةِ ، فَإِنَّهَا لَا تَقِفُ عَلَى تَسْلِيمِ الشَّقْصِ ، وَلَا عَلَى
 حُضُورِ الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ فِيهِ . وإن قال : نَسِيتُ فلم أَذْكَرِ الْمُطَالِبَةَ . أو :
 نَسِيتُ الْبَيْعَ . سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ خِيَارٌ عَلَى الْفَوْرِ ، فَإِذَا أَخْرَهَ نِسْيَانًا ،
 بَطُلَ ، كَالرَّدِّ بِالْغَيْبِ ، وَكَمَا لو أَمَكَّنْتَ الْمُعْتَقَةَ زَوْجَهَا مِنْ وَطْئِهَا نِسْيَانًا .
 وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَسْقُطَ الْمُطَالِبَةُ ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَهَا لِعُذْرِ ، فَأَشْبَهَ مَا لو تَرَكَهَا
 لِعَدَمِ عِلْمِهِ بِهَا . وإن تَرَكَهَا جَهْلًا لَا سِتِحْقَاقَهُ لَهَا ، إِذَا كَانَ مِثْلَهُ يَجْهَلُ
 ذَلِكَ ، بَطُلَتْ ، كَالرَّدِّ بِالْغَيْبِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَبْطُلَ ، كَمَا إِذَا ادَّعَتْ الْمُعْتَقَةُ
 الْجَهْلَ بِمِلْكِ الْفَسْخِ .

فائدة : لو قال : بَعِهَ مِمَّنْ شِئْتَ . أو : وَلَهُ إِيَّاهُ . أو : هَبْهُ لَه . ونحو هذا ،
 بَطَلَتْ الشُّفْعَةُ . وكذا لو قال : أَكْرَيْتَنِي . أو : سَاقَيْتَنِي . أو أَكْتَرَيْتَنِي مِنْهُ ، أو سَاقَاهُ .
 وإن قال : إِنِّ بَاعْتَنِي ، وَإِلَّا فَلِيَ الشُّفْعَةُ . فهو كَمَا لو قال : بَعَيْتَنِي . قَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ ،
 وقال : وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَبْعِهِ ، أَنَّهَا لَا تَسْقُطُ . ولو قال لَهُ الْمُشْتَرِي : بَعْتِكَ .
 أو : وَلَيْتَكَ . فَقِيلَ ، سَقَطَتْ .

(١) في م : « لا آخذ » .

المقنع وإن دَلَّ فِي الْبَيْعِ ، أَوْ تَوَكَّلَ لِأَحَدِ الْمُتَبَايعَيْنِ ،،

الشرح الكبير

٢٣٩٤ - مسألة : (وإن دَلَّ فِي الْبَيْعِ) لم تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا بِإِسْقَاطِهَا ، بَلْ لَعَلَّهُ أَرَادَ الْبَيْعَ لِيَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ .

٢٣٩٥ - مسألة : وإن (تَوَكَّلَ) الشَّفِيعُ فِي الْبَيْعِ ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُهُ بِذَلِكَ ، سَوَاءٌ تَوَكَّلَ لِلْبَائِعِ أَوْ لِلْمُشْتَرِي . ذَكَرَهُ الشَّرِيفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَبَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : إِنْ كَانَ وَكَيْلَ الْبَائِعِ ، فَلَا شُفْعَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ تَلَحُّقُ التُّهْمَةِ فِي الْبَيْعِ ؛ لِكَوْنِهِ يَقْصِدُ تَقْلِيلَ الثَّمَنِ لِيَأْخُذَ بِهِ ، بِخِلَافِ الْمُشْتَرِي . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا شُفْعَةَ لَوَكَيْلِ الْمُشْتَرِي . بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِمْ أَنَّ الْمَلِكَ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَكِيلِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ عَلَى نَفْسِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَكَيْلٌ ، فَلَا تَسْقُطُ شُفْعَتُهُ ، كَالْآخِرِ ^(١) ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْمَلِكَ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَكِيلِ ، بَلْ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُوَكَّلِ ، ثُمَّ لَوْ انْتَقَلَ إِلَى الْوَكِيلِ ، لَمَّا ثَبَتَ فِي مِلْكِهِ ، إِنَّمَا يَنْتَقِلُ فِي الْحَالِ إِلَى الْمُوَكَّلِ ، فَلَا يَكُونُ الْأَخْذُ مِنْ نَفْسِهِ ، وَلَا الْاسْتِحْقَاقُ عَلَيْهَا . وَأَمَّا التُّهْمَةُ فَلَا تُؤَثِّرُ ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ وَكَّلَهُ مَعَ عِلْمِهِ بِثُبُوتِ شُفْعَتِهِ رَاضِيًا بِتَصَرُّفِهِ ، فَلَمْ يُؤَثِّرْ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي الشِّرَاءِ مِنْ نَفْسِهِ . فَعَلِيَ هَذَا ، لَوْ قَالَ

الإِنصَافُ

قوله : وإن دَلَّ فِي الْبَيْعِ ، أَوْ تَوَكَّلَ لِأَحَدِ الْمُتَبَايعَيْنِ ، فهو على شُفْعَتِهِ . ^(٢) وإن دَلَّ فِي الْبَيْعِ ، أى صار دَلَالًا ؛ وَهُوَ السَّفِيرُ فِي الْبَيْعِ ، فهو على شُفْعَتِهِ ، قَوْلًا وَاحِدًا ، وَإِنْ تَوَكَّلَ لِأَحَدِ الْمُتَبَايعَيْنِ ، فهو على شُفْعَتِهِ ^(٣) أَيْضًا ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ .

(١) فِي م : « كَالْآخِرِ » .

(٢-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

أَوْ جَعَلَ لَهُ الْخِيَارَ فَاخْتَارَ إِمْضَاءَ الْبَيْعِ ، فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ .
المقنع

لشريكه : بَعِ نِصْفَ نَصِيبِي مَعَ نِصْفِ نَصِيبِكَ . فَفَعَلَ ، ثَبَّتَ الشُّفْعَةُ
لكل واحدٍ منهما في المبيعِ مِنْ نَصِيبِ صاحبه . وعند القاضي : ثَبَّتُ
في نَصِيبِ الْوَكِيلِ دُونَ نَصِيبِ الْمُوَكَّلِ .

٢٣٩٦ - مسألة : وإن (جَعَلَ [١٢١/٥ ط] له الْخِيَارَ فَاخْتَارَ إِمْضَاءَ
الْبَيْعِ ، فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ) إِذَا شَرَطَ لِلشَّفِيعِ الْخِيَارَ فَاخْتَارَ إِمْضَاءَ الْعَقْدِ ،
أَوْ ضَمِنَ الْعَهْدَةَ لِلْمُشْتَرِي ، فَالشُّفْعَةُ بِحَالِهَا . وبه قال الشافعي . وقال

الإصناف جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ،
وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ،
وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ ، وَاخْتَارَهُ الشَّرِيفُ وَغَيْرُهُ . قَالَ
الْحَارِثِيُّ : قَالَ الْأَصْحَابُ : لَا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ . مِنْهُمْ ؛ الْقَاضِي فِي « الْمَجْرَدِ » ،
وَغَيْرُهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : لَا تَسْقُطُ بِتَوَكُّلِهِ فِي الْأَصَحِّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ،
وَ « الشَّرْحِ » ، وَنَصَرَاهُ . وَقِيلَ : تَسْقُطُ الشُّفْعَةُ بِذَلِكَ . وَقِيلَ : لَا تَسْقُطُ ، إِذَا
كَانَ وَكِيلاً لِلْبَائِعِ . وَقِيلَ : لَا تَسْقُطُ ، إِذَا كَانَ وَكِيلاً لِلْمُشْتَرِي . اخْتَارَهُ الْقَاضِي .
قَالَهُ الْمُصَنِّفُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَحِكَايَةُ الْقَاضِي يَعْقُوبُ ، عَدَمُ السُّقُوطِ . وَكَذَا
هُوَ فِي « الْمَجْرَدِ » وَغَيْرِهِ . وَهَذَا وَأَمثَالُهُ غَرِيبٌ مِنَ الْحَارِثِيِّ ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَطَّلِعْ عَلَى
الْمَكَانِ الَّذِي نَقَلَ مِنْهُ الْمُصَنِّفُ ، تَكَلَّمَ فِي ذَلِكَ ، وَاعْتَرَضَ عَلَى الْمُصَنِّفِ ، وَهَذَا
غَيْرُ لَائِقٍ ؛ فَإِنَّ الْمُصَنِّفَ ثَقَّةٌ ، وَالْقَاضِي وَغَيْرُهُ لَهُ أَقْوَالٌ كَثِيرَةٌ فِي كُتُبِهِ ، وَقَدْ تَكُونُ
فِي غَيْرِ أَمَاكِينِهَا . وَقَدْ تَقَدَّمَ لَهُ نَظِيرُ ذَلِكَ فِي مَسَائِلَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَمِنَ الْأَصْحَابِ
مَنْ قَالَ فِي صُورَةِ الْبَيْعِ : يَنْبِئُنِي عَلَى اخْتِلَافِ الرُّوَايَةِ فِي الشَّرَاءِ مِنْ نَفْسِهِ ؛ إِنْ قُلْنَا :
لَا . فَلَا شُفْعَةَ . وَإِنْ قُلْنَا : نَعَمْ . فَنَعَمْ .

وإن أسقط شفعته قبل البيع ، لم تسقط . ويَحْتَمِلُ أَنْ تَسْقُطَ .

أصحاب الرأي : تسقط ؛ لأنَّ العقدَ تمَّ به ، فأشبهَ البائع إذا باعَ بعضَ نصيبِ نفسه . ولنا ، أنَّ هذا سببٌ سبقَ وجوبَ الشفعة ، فلم تسقط به الشفعة ، كالإذن في البيع ، والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع . وما ذكروه لا يصحُّ ؛ فإنَّ البيع لا يقف على الضمان ، ويُنْطَلُ بما إذا كان المشتري شريكاً ، فإنَّ البيعَ تمَّ به ، وثبتت له الشفعة بقدر نصيبه .

٢٣٩٧ - مسألة : (وإن أسقط شفعته قبل البيع ، لم تسقط . ويَحْتَمِلُ أَنْ تَسْقُطَ) إذا عفا الشفيع عن الشفعة قبل البيع ، فقال : قد أدّنت في البيع . أو : أسقطت شفعتي . أو ما أشبه ذلك ، لم تسقط ، وله المطالبة بها ، في ظاهر المذهب . وبه قال مالك ، والشافعي ، والبتّي ، وأصحاب الرأي . وعن أحمد ما يدلُّ على أنَّ الشفعة تسقط بذلك ؛ فإنَّ إسماعيل بن سعيد قال : قلت لأحمد : ما معنى قول النبي ﷺ : « مَنْ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ رُبْعَةٌ فَأَرَادَ يَبْعُهَا ، فَلْيَعْرِضْهَا عَلَيْهِ » ^(١) . وقد جاء في بعض الحديث : « لَا يَحِلُّ لَهُ إِلَّا أَنْ يَعْْرِضَهَا عَلَيْهِ » . إذا كانت الشفعة ثابتة له ^(٢) ؟ فقال : ما هو ببعيدٍ من أن يكونَ على ذلك ، وأن لا تكونَ

قوله : وإن أسقط الشفعة قبل البيع ، لم تسقط . هذا المذهب ، نصَّ عليه ، وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « المغني » ،

(١) أخرجه بنحوه الإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣١٢ ، ٣١٦ ، ٣٩٧ .

(٢) سقط من : م .

له شُفْعَةٌ . وهذا قولُ الحَكَمِ ، والثَّوْرِيِّ ، وأبى خَيْثَمَةَ ، وطائفةٍ من أهلِ
الحَدِيثِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : وقد اختلفَ فيه عن أحمدَ ، فقال مرَّةً : تَبْطُلُ
شُفْعَتُهُ . وقال مرَّةً : لا تَبْطُلُ . واحتجُّوا بقولِ النبي ﷺ : « مَنْ كَانَ لَهُ
شَرِكَةٌ فِي أَرْضٍ ؛ رُبْعَةٌ أَوْ حَائِطٌ ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ
شَرِيكَهَ ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ » (١) . ومُحَالٌ أَنْ يَقُولَ النبي ﷺ :
« فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . أَنَّهُ إِذَا بَاعَهُ بِإِذْنِهِ لَا حَقَّ لَهُ . وَلِأَنَّ
الشُّفْعَةَ ثَبَّتَ فِي مَوْضِعِ الاتِّفَاقِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ ؛ لِكَوْنِهِ يَأْخُذُ مِلْكَ
الْمُشْتَرِي بِغَيْرِ رِضَا ، وَيُجْبِرُهُ عَلَى الْمُعَاوَضَةِ بِهِ لِدُخُولِهِ مَعَ الْبَائِعِ (٢) فِي
الْعَقْدِ (٣) الَّذِي أَسَاءَ فِيهِ بِإِذْخَالِهِ الضَّرَرَ عَلَى شَرِيكَهَ ، وَتَرْكِهَ الْإِحْسَانَ إِلَيْهِ
فِي عَرْضِهِ (٤) عَلَيْهِ . وهذا [١٢٢/٥] المعنى مَعْدُومٌ هَهُنَا ، فَإِنَّهُ قَدْ عَرَضَهُ
عَلَيْهِ ، وَامْتِنَاعُهُ مِنْ أَخْذِهِ دَلِيلٌ عَلَى عَدَمِ الضَّرَرِ فِي حَقِّهِ بَيْعِهِ ، فَإِنْ كَانَ

و « الشَّرْح » ، و « الْفُرُوع » ، و « شَرْحُ الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ
الزَّرْكَشِيُّ : عَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَسْقُطَ . وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ . ذَكَرَهَا
أَبُو بَكْرٍ فِي « الشَّافِيِّ » . وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَصَاحِبُ « الْفَاتِقِ » .
وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
و « الْفَاتِقِ » ، و « الْقَوَاعِدِ » .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٧ .

(٢-٢) سقط من : الأصل .

(٣) في م : عوضه .

وإن تَرَكَ الْوَلِيَّ شُفْعَةً لِلصَّبِيِّ فِيهَا حَظٌّ ، لَمْ تَسْقُطْ ، وَلَهُ الْأَخْذُ بِهَا إِذَا كَبِرَ ، وَإِنْ تَرَكَهَا لِعَدَمِ الْحَظِّ فِيهَا ، سَقَطَتْ . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ إِلَّا تَسْقُطَ .

فيه ضَرَرٌ ، فهو أَدْخَلَهُ عَلَى نَفْسِهِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ ، كَمَا لو أَخَّرَ الْمُطَالَبَةَ بَعْدَ الْبَيْعِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ إِسْقَاطُ حَقِّ قَبْلِ وَجُوبِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لو أَبْرَأَهُ مِمَّا يَجِبُ لَهُ ، أَوْ لو أَسْقَطَتِ الْمَرْأَةُ صَدَاقَهَا قَبْلَ التَّزْوِيجِ ، وَأَمَّا الْخَبَرُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الْعَرَضَ عَلَيْهِ لِيَبْتَاعَ ذَلِكَ إِنْ أَرَادَ ، فَتَخَفَّ عَلَيْهِ الْمُؤَنَّةُ وَيَكْتَفَى بِأَخْذِ الْمُشْتَرَى الشَّقْصَ ، لَا إِسْقَاطَ حَقِّهِ مِنْ شُفْعَتِهِ .

٢٣٩٨ - مسألة : (وإن تَرَكَ الْوَلِيَّ شُفْعَةً لِلصَّبِيِّ فِيهَا حَظٌّ ، لَمْ تَسْقُطْ ، وَلَهُ الْأَخْذُ بِهَا إِذَا كَبِرَ ، وَإِنْ تَرَكَهَا لِعَدَمِ الْحَظِّ فِيهَا ، سَقَطَتْ . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَسْقُطَ) إِذَا بَاعَ فِي شَرِكَةِ الصَّغِيرِ شَقْصًا ، ثَبَّتَ لَهُ الشُّفْعَةُ فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ ؛ مِنْهُمْ ، الْحَسَنُ ،

قوله : وإن تَرَكَ الْوَلِيَّ شُفْعَةً لِلصَّبِيِّ فِيهَا حَظٌّ ، لَمْ تَسْقُطْ ، وَلَهُ الْأَخْذُ بِهَا ، إِذَا كَبِرَ ، وَإِنْ تَرَكَهَا لِعَدَمِ الْحَظِّ فِيهَا ، سَقَطَتْ . هَذَا أَحَدُ الْوُجُوهِ . اخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا مَا قَالَهُ الْأَصْحَابُ . قَالَ الزَّرْكَاشِيُّ : اخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ ، وَتَبِعَهُ الْقَاضِي ، وَعَامَّةُ أَصْحَابِهِ . وَقِيلَ : تَسْقُطُ مُطْلَقًا ، [٢٠٩/٢] وَلَيْسَ لِلْوَلَدِ الْأَخْذُ ، إِذَا كَبِرَ . اخْتَارَهُ ابْنُ بَطَّةَ ، وَكَانَ يُفْتَى بِهِ . نَقَلَهُ عَنْهُ أَبُو حَفْصٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُنَوَّرِ » . وَقِيلَ : لَا تَسْقُطُ مُطْلَقًا ، وَلَهُ

الشرح الكبير

وَعَطَاءٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَسَوَّارٌ ، وَالْعَبَّاسِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : لَا شُفْعَةَ لَهُ . وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ النَّخَعِيِّ ، وَالْحَارِثِ الْعُكْلِيِّ ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَا يُمَكِّنُهُ الْأَخْذُ ، وَلَا يُمَكِّنُ أَنْتِظَارُهُ حَتَّى يَنْلُغَ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِالْمُشْتَرَى ، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ الْأَخْذُ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَا يَمْلِكُ الْعَفْوَ لَا يَمْلِكُ الْأَخْذَ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْأَحَادِيثِ ، وَلِأَنَّهُ خِيَارٌ جُعِلَ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ عَنِ الْمَالِ ، فَثَبَّتَ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ ، كَخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ . قَوْلُهُمْ : لَا يُمَكِّنُ الْأَخْذُ . مَمْنُوعٌ ؛ فَإِنَّ الْوَلِيَّ يَأْخُذُ بِهَا كَمَا يَرُدُّ بِالْعَيْبِ . قَوْلُهُمْ : لَا يُمَكِّنُهُ الْعَفْوُ . يَبْطُلُ بِالْوَكِيلِ فِيهَا ، وَبِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، فَإِنَّ وَلِيَّ الصَّبِيِّ لَا يُمَكِّنُهُ الْعَفْوُ ، وَيُمَكِّنُهُ الرَّدُّ . وَلِأَنَّ فِي الْأَخْذِ تَحْصِيلًا لِلْمِلْكِ لِلصَّبِيِّ ، وَنَظَرًا لَهُ ، وَفِي الْعَفْوِ تَضْيِيعٌ وَتَفْرِيطٌ فِي حَقِّهِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ مِلْكٍ مَا فِيهِ الْحَظُّ مِلْكٌ مَا فِيهِ تَضْيِيعٌ ، وَلِأَنَّ الْعَفْوَ إِسْقَاطَ لِحَقِّهِ ، وَالْأَخْذَ اسْتِيفَاءً لَهُ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ مِلْكِ الْوَلِيِّ اسْتِيفَاءُ

الْأَخْذُ بِهَا ، إِذَا كَبُرَ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » : اخْتَارَهُ الْخِرَقِيُّ . قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » : وَإِذَا عَفَا وَلِيُّ الصَّبِيِّ عَنْ شُفْعَتِهِ ، لَمْ تَسْقُطْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ عِنْدِي ، وَإِنْ كَانَ الْأَصْحَابُ عَلَى خِلَافِهِ ؛ لِنَصِّهِ فِي خُصُوصِ الْمَسْأَلَةِ ، عَلَى مَا بَيَّنَّا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَتَنَصُّهُ ، لَا تَسْقُطُ . وَقِيلَ : بَلَى . وَقِيلَ : مَعَ عَدَمِ الْحَظِّ . وَأُطْلِقَهُنَّ الزَّرْكَشِيُّ .

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، لَوْ بَيَّعَ شِقْصٌ فِي شَرِكَةِ حَمَلٍ ، فَلَا أَخْذَ لَهُ مُتَعَدِّراً ؛ إِذْ لَا يَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ بِذَلِكَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ ، وَقَدَّمَهُ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالْثَّمَانِينَ » :

حَقَّ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ مَلِكٌ إِسْقَاطِهِ ، بِدَلِيلٍ سَائِرٍ حُقُوقِهِ وَدُيُونِهِ . فَإِنْ لَمْ يَأْخُذِ
الْوَلِيُّ ، انْتَهَزَ بُلُوغَ الصَّبِيِّ ، كَمَا يُنْتَظَرُ قُدُومُ الْغَائِبِ . وَبِهِ يَنْطَلُ مَا ذَكَرُوهُ
مِنَ الضَّرَرِ فِي الْإِنْتَظَارِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الصَّغِيرَ إِذَا كَبِرَ فَلَهُ الْأَخْذُ بِهَا ،
فِي ظَاهِرِ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، سَوَاءً عَفَا عَنْهَا الْوَلِيُّ أَوْ لَمْ يَعْفُ ، وَسَوَاءً كَانَ الْحِظُّ
فِي الْأَخْذِ بِهَا أَوْ فِي تَرْكِهَا . وَهُوَ ظَاهِرٌ [١٢٢/٥ ط] كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ
ابْنِ مَنْصُورٍ . وَهَذَا قَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ ، وَزُفَرٍ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ . وَحَكَاهُ
بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ لِلشُّفْعَةِ يَمْلِكُ الْأَخْذَ بِهَا ،
سَوَاءً كَانَ لَهُ الْحِظُّ فِيهَا أَوْ لَمْ يَكُنْ ^(١) ، فَلَمْ تَسْقُطْ بِتَرْكِ غَيْرِهِ ، كَالْغَائِبِ
إِذَا تَرَكَ وَكَيْلَهُ الْأَخْذَ بِهَا . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : إِنْ تَرَكَهَا الْوَلِيُّ لِحِظِّ الصَّبِيِّ ،
أَوْ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلصَّبِيِّ مَا يَأْخُذُهَا بِهِ ، سَقَطَتْ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛
لِأَنَّ الْوَلِيَّ فَعَلَ مَا لَهُ فِعْلُهُ ، فَلَمْ يَجْزُ لِلصَّبِيِّ نَقْضُهُ ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَلِأَنَّهُ

وَمِنْهَا ، الْأَخْذُ لِلْحَمْلِ بِالشُّفْعَةِ ، إِذَا مَاتَ مُورِثُهُ بَعْدَ الْمُطَالَبَةِ ، قَالَ الْأَصْحَابُ :
لَا يُؤْخَذُ لَهُ ، ثُمَّ مِنْهُمْ مَنْ عَلَّلَ بَأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ وُجُودُهُ ، وَمِنْهُمْ مَنْ عَلَّلَ بِإِنْتِفَاءِ مِلْكِهِ .
قَالَ : وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ بِالْأَخْذِ لَهُ بِالشُّفْعَةِ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ لَهُ حُكْمًا وَمِلْكًا . انْتَهَى .
وَقَالَ فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » : إِذَا وُلِدَ وَكَبِرَ ، فَلَهُ الْأَخْذُ ، إِذَا لَمْ يَأْخُذْ
لَهُ الْوَلِيُّ ، كَالصَّبِيِّ . وَمِنْهَا ، لَوْ أَخَذَ الْوَلِيُّ بِالشُّفْعَةِ ، وَلَا حِظَّ فِيهَا ، لَمْ يَصِحَّ
الْأَخْذُ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ وَالرَّوَايَتَيْنِ ، وَإِلَّا اسْتَقَرَّ أَخْذُهُ . وَمِنْهَا ، لَوْ كَانَ
الْأَخْذُ أَحْظَ لِلْوَلَدِ ، لَرِمَ وَلِيُّهُ الْأَخْذَ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقَطَعَ بِهِ فِي

(١) فِي م : « يُمْكِنُ » .

الشرح الكبير

فَعَلَ مَا لِلصَّبِيِّ فِيهِ حَظٌّ ، فَصَحَّ ، كَالأَخْذِ مَعَ الْحَظِّ . وَإِنْ تَرَكَهَا لِغَيْرِ ذَلِكَ ، لَمْ تَسْقُطْ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تَسْقُطُ بَعْفُ الْوَلِيِّ عَنْهَا فِي الْحَالَيْنِ ؛ لِأَنَّ مَنْ مَلَكَ الْأَخْذَ بِهَا مَلَكَ الْعَفْوَ عَنْهَا ، كَالْمَالِكِ . وَخَالَفَهُ صَاحِبَاهُ فِي هَذَا ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقًّا لِلْمَوْلَى عَلَيْهِ ، وَلَا حَظَّ لَهُ فِي إِسْقَاطِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْإِبْرَاءِ ، وَخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ الْوَلِيِّ عَلَى الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّ لِلْمَالِكِ التَّبَرُّعَ وَالْإِبْرَاءَ وَمَا لَا حَظَّ لَهُ فِيهِ ، بِخِلَافِ الْوَلِيِّ .

« الْهِدَايَةُ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ ، ذَكَرُوهُ فِي آخِرِ بَابِ الْحَجْرِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : عَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَقَالَ غَيْرُ الْمُصَنِّفِ : لَهُ الْأَخْذُ مِنْ غَيْرِ لُزُومٍ . وَكَأَنَّهُ لَمْ يَطَّلِعْ عَلَى مَا قَالُوهُ فِي الْحَجْرِ ، فِي الْمَسْأَلَةِ بِخُصُوصِهَا . وَعَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ يَسْتَقِرُّ أَخْذُهُ ، وَيَلْزَمُ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ . وَلَوْ تَرَكَهَا الْوَلِيُّ مَضْلَحَةً ؛ إِمَّا لِأَنَّ الشِّرَاءَ وَقَعَ بِأَكْثَرِ مِنَ الْقِيَمَةِ ، أَوْ لِأَنَّ الثَّمَنَ يُحْتَاجُ إِلَى إِنْفَاقِهِ أَوْ صَرْفِهِ فِيمَا هُوَ أَهْمٌ ، أَوْ لِأَنَّ مَوْضِعَهُ لَا يُرْغَبُ فِي مِثْلِهِ ، أَوْ لِأَنَّ أَخْذَهُ يُؤَدِّي إِلَى بَيْعٍ مَا يُنْقَاؤُهُ أَوْلَى ، أَوْ إِلَى اسْتِقْرَاضٍ ثَمَنِهِ ، وَرَهْنٍ مَالِهِ ، أَوْ إِلَى ضَرْبٍ وَفْتَةٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَالْتَّرُكُ مُتَعَيِّنٌ . وَهَلْ يَسْقُطُ بِهِ الْأَخْذُ عِنْدَ الْبُلُوغِ ، وَهُوَ مَقْصُودُ الْمَسْأَلَةِ ؟ قَالَ الْمُصَنِّفُ ، عَنْ ابْنِ حَامِدٍ : نَعَمْ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ بَطَّةَ ، وَأَبُو الْفَرَجِ الشَّيرَازِيُّ ، وَمَالَ إِلَيْهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَهُوَ أَصَحُّ عِنْدِي . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : لَمْ يَصِحَّ عَلَى الْأَصَحِّ . قَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » : وَيَحْتَمِلُ عَدَمَ السَّقُوطِ . وَمَالَ إِلَيْهِ ، وَقَالَ : هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي « التَّنْبِيهِ » : يُحْكَمُ لِلصَّغِيرِ بِالشُّفْعَةِ ، إِذَا بَلَغَ . وَنَحْوُهُ عِبَارَةُ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، وَتَقَدَّمَ مَعْنَى ذَلِكَ قَبْلَ ذَلِكَ . وَمِنْهَا ، لَوْ عَفَا الْوَلِيُّ عَنْ

فصل : فأما الوليُّ ، فإن كان للصبيَّ حظٌّ في الأخذِ بها ، مثل أن يكون الشراءَ رخيصةً ، أو بثمنِ المثل ، وللصبيِّ ما يشتري به العقارَ ، لزم وليُّه الأخذُ بالشفعة ؛ لأنَّ عليه الاحتياطُ له ، والأخذُ بما فيه الحظُّ ، فإذا أخذَ بها ، ثبت المِلْكُ للصبيِّ ، ولم يَمْلِكْ نقضه بعد البلوغ ، في قول مالِكٍ ، والشافعيُّ ، وأصحابِ الرأي . وقال الأوزاعيُّ : ليس للوليِّ الأخذُ بها ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ العقوَ عنها ، ولا يَمْلِكُ الأخذُ بها ، كالأجنبيِّ ، وإنما يأخذُ بها الصبيُّ إذا كَبِرَ . وهذا لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه خيارٌ جُعِلَ لإزالةِ الضررِ عن المالِ ، فملكه الوليُّ ، كالردِّ بالعيبِ . وقد ذكرنا فسادَ قياسه فيما مضى . فإن تَرَكَها الوليُّ مع الحظِّ للصبيِّ ، فللصبيِّ الأخذُ بها إذا كَبِرَ ، ولا يلزمُ الوليُّ غُرمٌ لذلك ؛ لأنَّه لم يُفَوِّتْ شيئاً من ماله ، وإنما تركَ تحصيلَ ما له الحظُّ فيه ، فأشبهه ما لو تركَ شراءَ العقارِ له مع الحظِّ في شرائه ، وإن كان الحظُّ في تَرَكيها ، مثل أن يكونَ المُشْتَرِي قد غُيِّنَ ، أو كان في الأخذِ بها يَحْتَاجُ إلى أن يَسْتَقْرِضَ وَيَرْهَنَ مالَ الصبيِّ ، فليس له الأخذُ ؛ [١٢٣/٥] لأنَّه لا يَمْلِكُ فِعْلَ ما لا حظُّ للصبيِّ فيه . فإن أخذَ ، لم يَصِحَّ في إحدَى

الشفعة التي فيها حظُّ له ، ثم أرادَ أخذَها ، فله ذلك في قياسِ المذهبِ . قاله المُصَنِّفُ ، والشارحُ . قلتُ : فقد يُعَانِي بها . ولو أرادَ الوليُّ الأخذَ في ثاني الحالِ ، وليس فيها مصلحةٌ ، لم يَمْلِكْ ؛ لاستمرارِ المانعِ . وإن تجددَ الحظُّ ؛ فإن قيلَ بَعْدَ السقوطِ ، أخذَ ؛ لقيامِ المُقْتَضَى ، وانتفاءِ المانعِ . وإن قيلَ بالسقوطِ ، لم يأخذُ بحالٍ ؛ لأنقطاعِ الحقِّ بالتَّركِ . ذكره المُصَنِّفُ وغيره . ومنها ، حُكْمُ وليِّ المَجْنُونِ المُطَبِّقِ ، والسَّفيهِ ، حُكْمُ وليِّ الصَّغيرِ . قاله الأصحابُ .

الرَّوَاتَيْنِ ، ويكون باقياً على ملك المشتري ؛ لأنه اشترى له ما لا يملك شرائه ، فلم يصح ، كالمو اشتري بزيادة كثيرة على ثمن المثل ، أو اشترى معيباً يعلم عيبه ، ولا يملك الولي المبيع ؛ لأن الشفعة تؤخذ بحق الشركة ، ولا شركة للولي ، ولذلك لو أراد الأخذ لنفسه لم يصح ، فأشبه ما لو تزوج لغيره بغير إذنه ، فإنه يقع باطلاً ، ولا يصح لواحد منهما ، كذا ههنا . وهذا مذهب الشافعي . والثانية ، يصح الأخذ للصبي ؛ لأنه اشترى له ما يندفع عنه الضرر به ، فصح ، كالمو اشترى معيباً لا يعلم عيبه ، والحظ يختلف ويخفى ، فقد يكون له حظ في الأخذ بأكثر من ثمن المثل ، لزيادة قيمة ملكه والشفص الذي يشتريه بزوال الشركة ، أو لأن الضرر الذي يندفع بأخذه كثير ، فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخفاؤه ، ولا بكثرة الثمن ؛ لما ذكرناه ، فسقط اعتباره ، وصح البيع .

تنبيه : المطبق ؛ هو الذي لا ترجى إفاقته . حكاه ابن الزاغوني ، وقال : هو الأشبه بالصحة ، وبأصول المذهب ؛ لأن شيوخنا الأوائل قالوا في المعضوب الذي يجزئ أن يحج عنه : هو الذي لا يرجى برؤه . وحكى عن قوم تحديد المطبق بالحوال فما زاد ؛ قياساً على تربص العنة ، وعن قوم ، التحديد بالشهر ، وما نقص ملحق بالإغماء . ذكر ذلك الحارثي . ومنها ، حكم المعصى عليه ، والمجنون غير المطبق ، حكم المخبوس ، والغائب ، ينتظر إفاقتهما . ومنها ، للمفلس الأخذ بها ، والعفو عنها ، وليس للغرماء إجباره على الأخذ بها ، ولو كان فيها حظ . قطع به المصنف ، والشارح ، وغيرهما . قال الحارثي : ويتخرج من إجباره على التكسب ، إجباره على الأخذ ، إذا كان أحظ للغرماء . انتهى . وليس لهم الأخذ

فصل : وإذا باع وصي الأيتام ، فباع^(١) لأحدِهِمْ نَصِيْبًا فِي شَرِكَةِ الْآخَرِ ، فَله الْأَخْذُ لِلْآخَرِ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ كَالشَّرَاءِ لَهُ . وَإِنْ كَانَ الْوَصِيُّ شَرِيكًا لِمَنْ بَاعَ عَلَيْهِ ، فَلَيْسَ لَهُ الْأَخْذُ ؛ لِلتُّهْمَةِ فِي الْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ يَشْتَرِي لِنَفْسِهِ مِنْ مَالِ يَتِيمٍ . وَلَوْ بَاعَ الْوَصِيُّ نَصِيْبَهُ ، كَانَ لَهُ الْأَخْذُ لِلْيَتِيمِ بِالشُّفْعَةِ مَعَ الْحِظِّ لِلْيَتِيمِ ؛ لِأَنَّ التُّهْمَةَ مُنْتَفِيَةٌ ، فَإِنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الزِّيَادَةِ فِي ثَمَنِهِ ؛ لَكَوْنِ الْمُشْتَرِي لَا يُوَافِقُهُ ، وَلِأَنَّ الثَّمَنَ حَاصِلٌ لَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي ، كَحُصُولِهِ مِنَ الْيَتِيمِ ؛ بِخِلَافِ بَيْعِهِ مَالِ الْيَتِيمِ ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُهُ تَقْلِيلُ الثَّمَنِ لِيَأْخُذَ الشَّقْصَ بِهِ ، فَإِنْ رُفِعَ الْأَمْرُ إِلَى الْحَاكِمِ فَبَاعَ عَلَيْهِ ، فَلِلْوَصِيِّ الْأَخْذُ حِينَئِذٍ ؛ لِعَدَمِ التُّهْمَةِ ، فَإِنْ كَانَ مَكَانَ الْوَصِيِّ أَبٌ فَبَاعَ شَقْصَ وَلَدِهِ ، فَله الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ نَفْسِهِ مَالًا وَلَدُهُ ؛ لِعَدَمِ التُّهْمَةِ . وَإِنْ بَاعَ شَقْصَ فِي شَرِكَةِ حَمَلٍ ، لَمْ يَكُنْ لَوَلِيِّهِ الْأَخْذُ لَهُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَمْلِيْكُهُ بَغَيْرِ الْوَصِيَّةِ . فَإِذَا وُلِدَ الْحَمْلُ ثُمَّ كَبُرَ ، فَله الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ، كَالصَّبِيِّ إِذَا كَبُرَ .

فصل : وإذا عفا وليُّ الصَّبِيِّ عَنْ شَفْعَتِهِ الَّتِي لَهُ فِيهَا حِظٌّ ، ثُمَّ أَرَادَ الْأَخْذَ بِهَا ، [١٢٣/٥ ظ] فَله ذَلِكَ ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَسْقُطْ

بِهَا . وَمِنْهَا ، لِلْمُكَاتَبِ الْأَخْذُ وَالتَّرْكُ ، وَلِلْمَأْذُونِ لَهُ مِنَ الْعَبْدِ الْأَخْذُ دُونَ التَّرْكِ ، وَإِنْ عَفَا السَّيِّدُ ، سَقَطَتْ . وَيَأْتِي آخِرَ الْبَابِ ، هَلْ يَأْخُذُ السَّيِّدُ بِالشُّفْعَةِ مِنَ الْمُكَاتَبِ وَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ ؟

الشرح الكبير

بإسقاطه ، ولذلك مَلَكَ الصَّبِيُّ الْأَخْذَ بِهَا إِذَا كَبِرَ ، وَلَوْ سَقَطَتْ لَمْ يَمْلِكِ الْأَخْذَ بِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكِ الْأَخْذَ بِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى ثُبُوتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ عَلَى التَّرَاجِي ، وَذَلِكَ عَلَى خِلَافِ الْخَبَرِ وَالْمَعْنَى . وَيُخَالِفُ أَخْذَ الصَّبِيِّ بِهَا إِذَا كَبِرَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ يَتَجَدَّدُ لَهُ عِنْدَ كِبَرِهِ ، فَلَا يَمْلِكُ تَأْخِيرَهُ حِينَئِذٍ ، وَكَذَلِكَ أَخْذُ الْغَائِبِ بِهَا إِذَا قَدِمَ . فَأَمَّا إِنْ تَرَكَهَا لِعَدَمِ الْحِظِّ فِيهَا ، ثُمَّ أَرَادَ الْأَخْذَ بِهَا ، وَالْأَمْرُ بِحَالِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ، كَمَا لَمْ يَمْلِكْهُ ابْتِدَاءً . وَإِنْ صَارَ فِيهَا حِظٌّ ، أَوْ كَانَ مُعْسِرًا عِنْدَ الْبَيْعِ ، فَأَيَّسَرَ بَعْدَ ذَلِكَ ، انْبَنَى ذَلِكَ عَلَى سُقُوطِهَا بِذَلِكَ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا تَسْقُطُ ، وَلِلصَّبِيِّ الْأَخْذُ بِهَا إِذَا كَبِرَ . فَحُكْمُهَا حُكْمُ مَا فِيهِ الْحِظُّ . وَإِنْ قُلْنَا : تَسْقُطُ . فَلَيْسَ لَهُ الْأَخْذُ بِهَا بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهَا قَدْ سَقَطَتْ مُطْلَقًا ، فَهُوَ كَمَا لَوْ عَفَا الْكَبِيرُ عَنْ شُفْعَتِهِ .

فصل : وَالْحُكْمُ فِي الْمَجْنُونِ الْمُطْبِقِ كَالْحُكْمِ فِي الصَّبِيِّ سَوَاءً ؛ لِأَنَّهُ مَخْجُورٌ عَلَيْهِ لِحِظِّهِ ، وَكَذَلِكَ السَّفِيهُ ، فَأَمَّا الْمُعْمَى عَلَيْهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْغَائِبِ ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ عَلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ الْمَحْبُوسُ ، فَعَلَى هَذَا ، نَنْتَظِرُ إِفَاقَتَهُ . وَأَمَّا الْمُفْلِسُ فَلَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ وَالْعَفْوِ عَنْهَا ، وَلَيْسَ لِعُرْمَانِهِ الْأَخْذُ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا ، كَسَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ . وَلَيْسَ لَهُمْ إِجْبَارُهُ عَلَى الْعَفْوِ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ حَقٍّ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ ^(١) . وَسَوَاءٌ كَانَ لَهُ حِظٌّ فِي الْأَخْذِ بِهَا أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَيْسَ بِمَخْجُورٍ عَلَيْهِ فِي ذِمَّتِهِ ،

الإِنْصَافُ

فصل : [١٤٣ ط] الرابع ، أن يأخذ جميع المبيع ، فإن طلب أخذ البعض ، سقطت شفعتها .

لكن لهم منعه من دفع ماله في ثمنها ؛ لتعلق حقوقهم بماله ، فأشبه ما لو اشترى في ذمته شقصاً غير هذا . ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة ، تعلقت حقوق الغرماء به ، سواء أخذه برضاهم أو بغيره ؛ لأنه مال له ، فأشبه ما لو اكتسبه . وأما المكاتب ، فله الأخذ والتترك ، وليس لسيده الاعتراض عليه ؛ لأن التصرف يقع له دون سيده . وكذلك المأذون له في التجارة من العبيد ، له الأخذ بالشفعة ؛ لأنه مأذون له في الشراء ، وإن عفا عنها لم ينفذ عفوهُ ؛ لأن الملك للسيّد ، ولم يأذن في إبطال حقوقه . فإن أسقطها السيّد ، سقطت ، ولم يكن للعبد أن يأخذ ؛ [١٢٤/٥ و] لأن للسيّد الحجز عليه ، ولأن الحق قد أسقطه مستحقه ، فسقط بإسقاطه .

فصل : الشرط (الرابع ، أن يأخذ جميع المبيع ، فإن طلب أخذ البعض ، سقطت شفعتها) وبه قال محمد بن الحسن ، وبعض أصحاب الشافعي . وقال أبو يوسف : لا تسقط ؛ لأن طلبه لبعضها طلب لجميعها ؛ لكونه لا يتبعض ، ولا يجوز أخذ بعضها . ولنا ، أنه تارك لطلب بعضها ، فتسقط ، ويسقط باقيا ؛ لأنها لا تتبعض ، ولا يصح ما

فائدة : قوله : الشرط الرابع ، أن يأخذ جميع المبيع . قال الحارثي : هذا الشرط كالذي قبله ، من كونه ليس شرطاً لأصل استحقاق الشفعة ؛ فإن أخذ الجميع أمر يتعلق بكيفية الأخذ ، والنظر في كيفية الأخذ فرع استقراره ، فيستحيل جعله شرطاً لثبوت [٢٠٩/٢ ط] أصله . قال : والصواب ، أن يجعل شرطاً

فَإِنْ كَانَا شَفِيعَيْنِ ، فَالشَّفْعَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ مِلْكَيْهِمَا . وَعَنْهُ ،
عَلَى عَدَدِ الرُّعُوسِ .

الشرح الكبير

ذَكَرَهُ ؛ فَإِنْ طَلَبَ بَعْضُهَا لَيْسَ بِطَلَبِ جَمِيعِهَا ، وَمَا لَا يَتَّبِعُضُ لَا يَثْبُتُ
حَتَّى يَثْبُتَ السَّبَبُ فِي جَمِيعِهِ ، كَالنِّكَاحِ ، بِخِلَافِ السَّقُوطِ ؛ فَإِنَّ الْجَمِيعَ
يَسْقُطُ بِوُجُودِ السَّبَبِ فِي بَعْضِهِ ، كَالطَّلَاقِ .

فصل : فَإِنْ أَخَذَ الشَّقْصَ بَثْمَنٍ مَغْضُوبٍ ، فَقِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
لَا تَسْقُطُ شَفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِالْعَقْدِ اسْتَحَقَّ الشَّقْصَ بِمِثْلِ ثَمَنِهِ فِي الذِّمَّةِ ، فَإِذَا
عَيَّنَهُ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ، سَقَطَ التَّعْيِينُ ، وَبَقِيَ الْاسْتِحْقَاقُ فِي الذِّمَّةِ ، أَشْبَهَ
مَالُو آخَرَ الثَّمَنِ ، أَوْ مَالُو اشْتَرَى شَيْئًا آخَرَ وَنَقَدَ فِيهِ ثَمَنًا مَغْضُوبًا . وَالثَّانِي ،
يَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ لِلشَّقْصِ بِمَا لَا يَصِحُّ أَخْذُهُ بِهِ تَرْكٌ لَهُ وَإِعْرَاضٌ عَنْهُ ،
فَسَقَطَتِ الشَّفْعَةُ ، كَمَا لَوْ تَرَكَ الطَّلَبَ بِهَا .

٢٣٩٩ - مسألة : (وَإِنْ كَانَا شَفِيعَيْنِ ، فَالشَّفْعَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ
مِلْكَيْهِمَا . وَعَنْهُ ، عَلَى عَدَدِ الرُّعُوسِ) ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ الشَّقْصَ
الْمَشْفُوعَ إِذَا أَخَذَهُ الشُّفَعَاءُ ، قُسِمَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ أَمْلاكِهِمْ . اخْتَارَهُ أَبُو

الإصناف

لِلْإِسْتِدَامَةِ ، كَمَا فِي الَّذِي قَبْلَهُ . انْتَهَى .

قَوْلُهُ : فَإِنْ كَانَا شَفِيعَيْنِ ، فَالشَّفْعَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ مِلْكَيْهِمَا . هَذَا الْمَذْهَبُ ،
نَصٌّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ مَنْصُورٍ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ
فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . قَالَ
الْحَارِثِيُّ : الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ جَمِيعًا ، تَفَاوُتُ الشَّفْعَةُ بِتَفَاوُتِ الْحِصَصِ ، قَالَ

بكر. ورؤى ذلك عن الحسن، وابن سيرين، وعطاء. وبه قال مالك، وسوار، والعنبري، وإسحاق، وأبو عبيد. وهو أحد قولي الشافعي. وعن أحمد رواية ثانية، أنه يقسم بينهم على عدد الرؤوس. اختارها ابن عقيل. ورؤى ذلك عن النخعي، والشعبي. وهو قول ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، والثوري، وأصحاب الرأي؛ لأن كل واحد منهم لو انفرد لاستحق^(١) الجميع، فإذا اجتمعوا تساؤوا، كالبين في الميراث، وكالمعتقين في سراية العتق. ولنا، أنه حق يستفاد بسبب الملك، فكان على قدر الأملak، كالغلة، ودليلهم ينتقض بالابن والأب أو الجد، وبالفرسان والرجالة في الغنime، وبأصحاب الديون والوصايا إذا نقص ماله عن دين أحدهم، أو الثلث عن وصية أحدهم. [١٢٤/٥ ط] وأما الإعتاق فلنا فيه منع، وإن سلم فلأنه إتلاف، والإتلاف يستوى فيه القليل

في «الفائق»: الشفعة بقدر الحق، في أصح الروايتين. قال الزركشي: هذا الصحيح المشهور من الروايتين. وجزم به ابن عقيل في «تذكرته»، وصاحب «الوجيز»، وغيرهما. وقدمه في «الفروع»، وقال: اختاره الأكثر. قلت: منهم الخرقى، وأبو بكر، وأبو حفص، والقاضي. قال الزركشي، وجمهور أصحابه: وعنه، الشفعة على عدد الرؤوس. اختاره ابن عقيل، فقال في «الفصول»: هذا الصحيح عندي. وروى الأثرم عنه الوقف في ذلك. حكاة الحارثي.

(١) في م: «لا يستحق».

والكثير ، كالتجاسة تلقى في مائع . وأما البنون فإنهم تساووا في السبب وهو البتوة ، فتساووا في الإرث بها ، فنظيره في مسألتنا تساوى الشفعاء في سهامهم ، فإذا كانت دار بين ثلاثة ، لأحدهم النصف ، وللآخر الثلث ، وللآخر السدس ، فباع أحدهم ، (نصيبه ، فإنك تنظر^(١)) مخرج سهام الشركاء كلهم ، فتأخذ منها^(٢) سهام الشفعاء ، فإذا علمت عدتها ، قسمت السهم المشفوع عليها ، ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة ، كما يفعل في مسائل الرد . ففي هذه المسألة مخرج سهام الشركاء ستة ، فإذا باع صاحب النصف ، فسهام الشفعاء ثلاثة ، لصاحب الثلث سهمان ، وللآخر سهم ، فالشفعة بينهم على ثلاثة ، ويصير العقار بينهم أثلاثا ، لصاحب الثلث ثلثاه ، وللآخر ثلثه . وإن باع صاحب الثلث ، كانت بين الآخرين أرباعا ، لصاحب النصف ثلاثة أرباعها ، وللآخر ربعها . وإن باع صاحب السدس ، كانت بين الآخرين أخماسا ، لصاحب النصف ثلاثة أخماسه ، وللآخر خمسه . هذا على ظاهر المذهب . وعلى الرواية الثانية ، ينقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين ، فإذا باع صاحب النصف ، قسم النصف بين الآخرين ، لكل واحد الربع ، فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع ، وللآخر ربع وسدس . وإن باع صاحب الثلث ، صار لصاحب النصف

(١ - ١) في م : « فعلى هذا ينظر » .

(٢) في م : « منهم » .

فَإِنْ تَرَكَ أَحَدُهُمَا شُفْعَتَهُ ، لَمْ يَكُنْ لِلْآخِرِ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا الْكُلَّ أَوْ يَتْرُكَ .

الثَّانِي ، وَلِلْآخِرِ الثُّلُثُ . وَإِنْ بَاعَ صَاحِبُ السُّدُسِ ، فَلصَاحِبِ النُّصْفِ ثُلُثٌ وَرُبْعٌ . وَلصَاحِبِ الثُّلُثِ رُبْعٌ وَسُدُسٌ .

٢٤٠٠ - مسألة : (فَإِنْ تَرَكَ أَحَدُهُمَا شُفْعَتَهُ ، لَمْ يَكُنْ لِلْآخِرِ إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ الْكُلَّ أَوْ يَتْرُكَ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا كَانَ الشَّقْصُ بَيْنَ شُفْعَاءَ ، فَتَرَكَ بَعْضُهُمْ ، فَلَيْسَ لِلْبَاقِينَ إِلَّا أَخْذُ الْجَمِيعِ أَوْ تَرْكُ الْجَمِيعِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ فِي أَخْذِ الْبَعْضِ إِضْرَارًا بِالْمُشْتَرَى بِتَبْعِيضِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ ، وَلَا يُزَالُ الضَّرَرُ بِالضَّرَرِ ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَثْبُتُ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ دَفْعًا لَضَرَرِ الشَّرِيكِ الدَّخِلِ ، خَوْفًا مِنْ سُوءِ الْمُشَارَكَةِ وَمُؤَنَةِ الْقِسْمَةِ ، فَإِذَا أَخَذَ [١٢٥/٥ و] بَعْضُ الشَّقْصِ لَمْ يَنْدَفِعْ عَنْهُ الضَّرَرُ ، فَلَمْ يَتَحَقَّقْ الْمَعْنَى الْمَجُوزُ لِمُخَالَفَةِ الْأَصْلِ ، فَلَا تَثْبُتُ . وَإِنْ وَهَبَ بَعْضُ الشُّرَكَاءِ نَصِيبَهُ مِنَ الشُّفْعَةِ لِبَعْضِ الشُّرَكَاءِ أَوْ لغيرِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَفْوٌ وَلَيْسَ بِهَبَةٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ لِغَيْرِهِ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ ، كَالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ .

فائدة : قوله : فَإِنْ تَرَكَ أَحَدُهُمَا شُفْعَتَهُ ، لَمْ يَكُنْ لِلْآخِرِ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا الْكُلَّ ، أَوْ يَتْرُكَ . وَهَذَا بِلَا نِزَاعٍ . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ إِجْمَاعًا . وَكَذَلِكَ حَضَرَ أَحَدُ الشُّفْعَاءِ وَغَابَ الْبَاقُونَ ، فَقَالَ الْأَصْحَابُ : لَيْسَ لَهُ إِلَّا أَخْذُ الْكُلِّ ، أَوْ التَّرْكُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ :

فصل : فَإِنْ كَانَ الشُّفَعَاءُ غَائِبِينَ ، لَمْ تَسْقُطِ الشُّفَعَةُ ؛ لِمَوْضِعِ الْعُدْرِ . فَإِذَا قَدِمَ أَحَدُهُمْ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ الْكُلَّ أَوْ يَتْرُكَ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ الْيَوْمَ مُطَالِبًا سِوَاهُ ، وَلِأَنَّ فِي أَخْذِهِ الْبَعْضَ تَبْعِيضًا لَصَفَقَةِ الْمُشْتَرَى ، فَلَمْ يَجْزْ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ غَيْرُهُ ، وَلَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ حَقِّهِ إِلَى أَنْ يَقْدَمَ شَرَكَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ ضَرَرًا بِالْمُشْتَرَى . فَإِذَا أَخَذَ الْجَمِيعَ ثُمَّ حَضَرَ آخَرُ ، قَاسَمَهُ إِنْ شَاءَ ، أَوْ عَفَا فَيَبْقَى لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْمُطَالِبَةَ إِنَّمَا وَجِدَتْ مِنْهُمَا . فَإِنْ قَاسَمَهُ ، ثُمَّ حَضَرَ الثَّالِثُ ، قَاسَمَهُمَا إِنْ أَحَبَّ ، أَوْ عَفَا فَيَبْقَى لِلأَوَّلَيْنِ . فَإِنْ نَمَا الشَّقْصُ فِي يَدِ الْأَوَّلِ نَمَاءً مُتَفَصِّلًا ، لَمْ يُشَارِكْهُ فِيهِ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ انْفَصَلَ فِي مِلْكِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ انْفَصَلَ فِي يَدِ الْمُشْتَرَى قَبْلَ الْأَخْذِ بِالشُّفَعَةِ . وَكَذَلِكَ إِذَا أَخَذَ الثَّانِي فَنَمَا فِي يَدِهِ نَمَاءً مُتَفَصِّلًا ، لَمْ يُشَارِكْهُ الثَّالِثُ فِيهِ . فَإِنْ خَرَجَ الشَّقْصُ مُسْتَحَقًّا ، فَالْعَهْدَةُ عَلَى الْمُشْتَرَى ، يَرْجِعُ الثَّلَاثَةُ عَلَيْهِ ، وَلَا يَرْجِعُ أَحَدُهُمْ عَلَى الْآخَرِ ؛ فَإِنَّ الْأَخْذَ وَإِنْ كَانَ مِنَ الْأَوَّلِ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النَّائِبِ عَنِ الْمُشْتَرَى فِي الدَّفْعِ إِلَيْهِمَا ،

وإِطْلَاقُ نَصِّ أَحْمَدَ ، يَنْتَظَرُ بِالْغَائِبِ ، مِنْ رِوَايَةِ حَنْبَلٍ ، يَقْتَضِي الْإِقْصَارَ عَلَى حِصَّتِهِ . قَالَ : وَهَذَا أَقْوَى ، وَالتَّفْرِيعُ عَلَى الْأَوَّلِ ؛ فَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : لَيْسَ لَهُ تَأْخِيرُ شَيْءٍ مِنَ الثَّمَنِ إِلَى حُضُورِ الْغَائِبِينَ . وَحَكَى الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ وَجْهَيْنِ ، وَأَطْلَقَاهُمَا ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُؤَخَّرُ شَيْئًا ، فَإِنْ فَعَلَ ، بَطُلَ حَقُّهُ مِنَ الشُّفَعَةِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَهُ ذَلِكَ ، وَلَا يَبْطُلُ حَقُّهُ . وَهُوَ مَا أَوْرَدَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . فَإِنْ كَانَ الْغَائِبُ اثْنَيْنِ ، وَأَخَذَ الْحَاضِرُ الْكُلَّ ، ثُمَّ قَدِمَ أَحَدُهُمَا ، أَخَذَ النُّصْفَ مِنَ الْحَاضِرِ ، أَوْ الْعَفْوَ . فَإِنْ أَخَذَ ، ثُمَّ قَدِمَ الْآخَرُ ، فَلَهُ مُقَاسَمَتُهُمَا ؛ يَأْخُذُ مِنْ كُلِّ

والنائب عنهما في دفع الثمن إليه ؛ لأن الشفعة مستحقة عليه لهم . هذا ظاهر مذهب الشافعي . وإن امتنع الأول من المطالبة حتى يحضر صاحبه ، أو قال : أخذ قدر حقي . ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يبطل حقه ؛ لأنه قدر على أخذ الكل وتركه ، فأشبهه المنفرد . والثاني ، لا يبطل ؛ لأنه تركه لعذر ، وهو خوف قُدوم الغائب فينتزعه منه ، والترك لعذر لا يسقط الشفعة ، بدليل ما لو أظهر المشتري ثمنًا كبيرًا ، فترك لذلك ، فإن خلافه . وإن ترك الأول شفعتَه ، توفرت الشفعة على صاحبه ، وإذا قديم الأول منهما ، فله أخذ الجميع ، على ما ذكرنا في الأول . فإن أخذ الأول بها ، ثم رد ما أخذه بعيب ، فكذلك . [١٢٥/٥ ط] وبهذا قال الشافعي . وحكى عن محمد بن الحسن ، أنها لا تتوفر عليهما ، وليس لهما أخذ نصيب الأول ؛ لأنه لم يعف ، وإنما رد نصيبه بالعيب ، فأشبه ما لو رجع إلى المشتري ببيع أو هبة . ولنا ، أن الشفع فسخ ملكه ، ورجع إلى المشتري بالسبب الأول ، فكان لشريكه أخذه ، كما لو عفا . ويفارق عوده بسبب آخر ؛ لأنه عاد غير الملك الأول الذي تعلقت به الشفعة .

الإنصاف

منهما ثلث ما في يده . هكذا قال القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم . وقدمه الحارثي . وقال ابن الزاغوني : القادِم بالخيار بين الأخذ من الحاضر ، وبين نقض شفعتَه في قدر حقه ؛ فيأخذ من المشتري ، إن تراضوا على ذلك ، وإلا نقض الحاكم ، كما قلنا ، ولم يجبر الحاضر على التسليم إلى القادِم . قال : وهذا ظاهر المذهب فيما ذكر أصحابنا . حكاه في كتاب الشروط . ثم إن ظهر الشقص مستحقًا ، فهذه الثلاثة على المشتري . قاله القاضي ، وابن عقيل ،

الشرح الكبير

فصل : وإذا حَضَرَ الثاني بعد أخذ الأول ، فأخذ نصف الشَّقَصِ منه ، واقتَسَمَا ، ثم قَدِمَ الثالثُ ، وطالَبَ بالشفعة ، وأخذَها ، بَطَلَتِ القِسْمَةُ ؛ لأنَّ هذا الثالثَ إذا أخذ بالشفعة ، فهو كأنَّه مُشاركٌ حالِ القِسْمَةِ ؛ لِثُبُوتِ حَقِّهِ ، ولهذا لو باعَ المُشْتَرِي ، ثم قَدِمَ الشَّفِيعُ ، كان له إبطالُ البَيْعِ . فإن قيل : وكيف تَصِحُّ القِسْمَةُ وشريكتُها الثالثُ غائِبٌ ؟ قلنا : يَحْتَمِلُ أن يكونَ وَكَلٌ في القِسْمَةِ قَبْلَ البَيْعِ أو قَبْلَ عِلْمِهِ به ، أو يكونَ الشَّرِيكَانِ رَفَعَا ذلك إلى الحاكمِ وطالَبَا بالقسمةِ عن الغائِبِ ، فقاَسَمَهُما ، وبَقِيَ الغائِبُ على شَفَعَتِهِ . فإن قيل : وكيف تَصِحُّ مُقاَسَمَتُهُما للشَّقَصِ وَحَقُّ الثالثِ ثابِتٌ فيه ؟ قلنا : ثُبُوتُ حَقِّ الشَّفَعَةِ لا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ ؛ لأنَّهُ يَصِحُّ^(١) بَيْعُهُ وَهَبُهُ وَغَيْرُهُما ، وَيَمْلِكُ الشَّفِيعُ إبطالَهُ ، كذا هُنا . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الثالثَ إذا قَدِمَ فوجدَ أَحَدَ شَرِيكَيْهِ غائِبًا ، أخذَ مِنَ الحاضِرِ ثُلثَ ما في يَدِهِ ؛ لأنَّهُ قَدَرُ ما يَسْتَحِقُّهُ ، ثم إن حَكَمَ له القاضي على الغائِبِ ، أخذَ ثُلثَ ما في يَدِهِ أيضًا ، وإن لم يَقْضَ ، انتَظَرَ الغائِبَ حتى يَقْدَمَ ؛ لأنَّهُ مَوْضِعُ غُزْرِ .

والمُصَنَّفُ ، وغيرُهُم . وكلامُ ابنِ الرَّاعُونِي يَفْتَضِي أنْ عَهْدَةَ كُلِّ واحدٍ مِمَّنْ تَسَلَّمَ مِنْهُ . وإذا أخذَ الحاضِرُ الكُلَّ ، ثم قَدِمَ أَحَدُهُما ، وأرادَ الاقْتِصَارَ على حِصَّتِهِ ، وامْتَنَعَ مِنْ أخذِ النِّصْفِ ، فقال الأصحابُ : له ذلك . فإذا أخذَهُ ، ثم قَدِمَ الغائِبُ الثاني ؛ فإن أخذَ مِنَ الحاضِرِ سَهْمَيْنِ ، ولم يَتَعَرَّضْ للقادِمِ الأولِ ، فلا كلامَ ، وإن تَعَرَّضَ ،

(١) في م : « لا يصح » .

فصل : إذا أخذ الأول الشقص كله بالشفعة ، فقدم الثاني ، فقال : لا آخذ منك نصفه ، بل أقصر على قدر نصيبى وهو الثلث . فله ذلك ؛ لأنه أقصر على بعض حقه ، وليس فيه تبعض الصفقة على المشتري ، فجاز ، كترك الكل . فإذا قدم الثالث ، فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما فى يده فيضيفه إلى ما فى يد الأول ، ويقسمانه^(١) نصفين . [١٢٦/٥ و] فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهما ؛ لأن الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ، ومخرجه تسعة فيضمه إلى الثلثين ، وهى ستة ، صارت سبعة ، ثم قسما السبعة نصفين ، لا تنقسم ، فاضرب اثنين فى تسعة يكن ثمانية عشر ، للثاني أربعة ، ولكل واحد من شريكه سبعة . وإنما كان كذلك ؛ لأن الثاني ترك سُدسا كان له أخذه ، وحقه منه ثلثاه ، وهو السبع^(٢) فيوفر ذلك على شريكه فى الشفعة ، فلأول والثالث أن يقولوا : نحن سواء فى الاستحقاق ، ولم يترك واحد منا شيئا من حقه ، فجمع ما معنا فنقسمه . فيكون على ما ذكرنا . وإن قال الثانى : أنا آخذ الربع . فله ذلك ؛ لما ذكرنا فى التى قبلها ، فإذا قدم الثالث ، أخذ منه نصف

فقال الأصحاب . منهم القاضى ، والمُصنّف : له أن يأخذ منه ثلثي سهم . وهو ثلث ما فى يده . قال الحارثي : وللشافعية وجه ، يأخذ الثانى من الحاضر نصف ما فى يده ؛ وهو الثلث . قال : وهو أظهر إن شاء الله تعالى .

(١) فى م : « يقسمانه » .

(٢) فى الأصل : « التسع » .

فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرَى شَرِيكًا ، فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْآخِرِ ،
المقنع

سُدُسٍ ، وَهُوَ ثُلُثُ مَا فِي يَدِهِ ، فَضَمَّهُ إِلَى ثَلَاثَةِ الْأَرْبَاعِ ، وَهِيَ تِسْعَةٌ ،
يَصِيرُ الْجَمِيعُ عَشْرَةً فَيَقْتَسِمَانِهَا^(١) ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسَةٌ ، وَلِلثَّانِي
سَهْمَانِ ، وَتَصِحُّ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ .

٢٤٠١ - مسألة : (وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرَى شَرِيكًا ، فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ
الْآخِرِ) وَلِلْآخِرِ الْأَخْذُ بِقَدْرِ نَصِيبِهِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ .
وَحَكَّى عَنْ الْحَسَنِ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَابْنِ أَبِي شَيْبَةَ ، لَا شُفْعَةَ لِلْآخِرِ ؛ لِأَنَّهَا تَثْبُتُ
لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِيكِ الدَّاخِلِ ، وَهَذَا شَرِكَتُهُ مُتَقَدِّمَةٌ ، فَلَا ضَرَرَ فِي
شِرَائِهِ . وَحَكَّى ابْنُ الصَّبَّاحِ عَنْهُمْ ، أَنَّ الشُّفْعَةَ كُلَّهَا لِلْغَيْرِ الْمُشْتَرَى ، وَلَا
شَيْءَ لِلْمُشْتَرَى فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا تُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ فَلَا يَسْتَحِقُّهَا عَلَى نَفْسِهِ . وَلَنَا ،
أَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي الشَّرِكَةِ فَتَسَاوَيَا فِي الشُّفْعَةِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى أَجْنَبِيٌّ ، بَلِ
الْمُشْتَرَى أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَ الشُّقْصَ الْمَشْفُوعَ مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إِلَى

قوله : فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرَى شَرِيكًا ، فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْآخِرِ . مِثَالُ ذَلِكَ ،
أَنْ تَكُونَ الدَّارُ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ ، فَيُشْتَرَى أَحَدُهُمْ نَصِيبَ شَرِيكِه ، فَالشُّقْصُ بَيْنَ الْمُشْتَرَى
وَشَرِيكِه . قَالَ الْأَصْحَابُ ، ^(٢) « وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ نِزَاعًا ، لَكِنْ قَالَ الْحَارِثِيُّ : عَبَّرَ فِي
الْمَتَنِ عَنْ هَذَا بِقَوْلِهِ : فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْآخِرِ » . وَكَذَا عَبَّرَ أَبُو الْخَطَّابِ
وغيره ، وَفِيهِ تَجَوُّزٌ ؛ فَإِنَّ حَقِيقَةَ الشُّفْعَةِ انْتِزَاعُ الشُّقْصِ مِنْ يَدِ مَنْ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ ،
وَهُوَ مُتَخَلِّفٌ فِي حَقِّ الْمُشْتَرَى ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي انْتَقَلَ إِلَيْهِ هَذَا .

(١) فِي م : « فَيَقْتَسِمَانِهَا » .

(٢) (٢-٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

فَإِنْ تَرَكَ شُفْعَتَهُ ؛ لِيُوجِبَ الْكُلَّ عَلَى شَرِيكِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ .

المُشْتَرَى ، وقد حَصَلَ شِرَاؤُهُ . والثاني ، لا يَصِحُّ أَيضًا ؛ لَأَنَّا لَا نَقُولُ :
إِنَّهُ يَأْخُذُ مِنْ نَفْسِهِ بِالشُّفْعَةِ . وَإِنَّمَا يَمْنَعُ الشَّرِيكَ أَنْ يَأْخُذَ قَدْرَ حَقِّهِ
بِالشُّفْعَةِ ، فَيَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ ، ثُمَّ لَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَسْتَحِقَّ الْإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ
لَأَجْلِ تَعَلُّقِ حَقِّ الْغَيْرِ بِهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَبْدَ الْمَرْهُونَ ، إِذَا جَنَى عَلَى عَبْدٍ
آخَرَ لِسَيِّدِهِ ، ثَبِتَ لِلْسَيِّدِ عَلَى عَبْدِهِ [١٢٦/٥ ط] أَرْضُ الْجَنَائَةِ ؛ لَأَجْلِ
تَعَلُّقِ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ رَهْنًا مَا تَعَلَّقَ بِهِ . وَإِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّ
لَشَرِيكَ الْمُشْتَرَى أَخْذَ قَدْرٍ نَصِيبِهِ لَا غَيْرُ ، أَوْ الْعَفْوُ .

٢٤٠٢ - مسألة : (وَإِنْ تَرَكَ) الْمُشْتَرَى (شُفْعَتَهُ ؛ لِيُوجِبَ الْكُلَّ)
عَلَى شَرِيكِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ (إِذَا قَالَ الْمُشْتَرَى : قَدْ أَسْقَطْتُ شُفْعَتِي ،
فَخُذِ الْكُلَّ أَوْ اتْرُكْ . لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَصِحَّ إِسْقَاطُ الْمُشْتَرَى ؛ لِأَنَّ
مِلْكَهُ اسْتَقَرَّ عَلَى قَدْرِ حَقِّهِ ، فَجَرَى مَجْرَى الشَّفِيعَيْنِ إِذَا أَخَذَا بِالشُّفْعَةِ ثُمَّ
عَفَا أَحَدُهُمَا عَنْ حَقِّهِ . وَلِذَلِكَ لَوْ حَضَرَ أَحَدُ الشَّفِيعَيْنِ ، فَأَخَذَ جَمِيعَ
الشَّقْصِ بِالشُّفْعَةِ ، ثُمَّ حَضَرَ الْآخَرُ ، فَلَهُ أَخْذُ النِّصْفِ مِنْ ذَلِكَ . فَإِنْ
قَالَ الْأَوَّلُ : خُذِ الْكُلَّ أَوْ دَعْ ، فَإِنِّي قَدْ أَسْقَطْتُ شُفْعَتِي . لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ .
فَإِنْ قِيلَ : هَذَا تَبْعِيضٌ لِلصَّفَقَةِ عَلَى الْمُشْتَرَى . قُلْنَا : هَذَا تَبْعِيضٌ اقْتِضَاهُ
دُخُولَهُ فِي الْعَقْدِ ، فَصَارَ كَالرَّضَا مِنْهُ بِهِ ، كَمَا قُلْنَا فِي الشَّفِيعِ الْحَاضِرِ إِذَا
أَخَذَ جَمِيعَ الشَّقْصِ ، وَكَأَنَّهُ اشْتَرَى شَقْصًا وَسَيِّفًا .

وإذا كانت دار بين اثنين ، فباع أحدهما نصيبه لأجنبي صفقتين ،
 ثم علم شريكه ، فله أن يأخذ بالبيعين ، وله أن يأخذ بأحدهما ،
 فإن أخذ بالثاني ، شاركه المشتري في شفّعه ، في أحد
 الوجهين ، وإن أخذ بالأول ، لم يشاركه ، وإن أخذ بهما ، لم
 يشاركه في شفّعة الأول ، وهل يشاركه في شفّعة الثاني ؟ على
 وجهين .

الشرح الكبير

٢٤٠٣ - مسألة : (وإذا كانت دار بين اثنين ، فباع أحدهما نصيبه
 لأجنبي صفقتين ، ثم علم الشريك ، فله أن يأخذ بالبيعين ، وله أن يأخذ
 بأحدهما ، فإن أخذ بالثاني ، شاركه المشتري في شفّعه ، في أحد
 الوجهين ، وإن أخذ بالأول ، لم يشاركه ، وإن أخذ بهما) جميعاً (لم
 يشاركه في شفّعة الأول ، وهل يشاركه في شفّعة الثاني ؟ على وجهين)
 وجملته ذلك ، أن الشريك إذا باع بعض الشقص لأجنبي ، ثم باعه باقيه
 في صفقة أخرى ، ثم علم الشفيع ، فله أخذ المبيع الأول والثاني ، وله
 أخذ أحدهما ، فإن أخذ الأول ، لم يشاركه في شفّعه أحد ، وإن أخذ

الإصناف

قوله : وإذا كانت دار بين اثنين ، فباع أحدهما نصيبه لأجنبي صفقتين ، ثم علم
 شريكه ، فله أن يأخذ بالبيعين ، وله أن يأخذ بأحدهما . قاله الأصحاب ؛ منهم
 القاضي ، وابن عقيل ، وغيرهما . وهي تعدّد العقد .

قوله : فإن أخذ بالثاني ، شاركه المشتري في شفّعه ، في أحد الوجهين . وهو
 الصحيح من المذهب . صححه في « التّظّم » ، و « شرح الحارثي » ،

بالثاني ، فهل يُشارِكُه المُشْتَرِي في شُفْعَتِهِ بِنَصِيهِهِ الْأَوَّلِ ؟ فيه ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛
أَحَدُهَا ، يُشارِكُه فيها . وهو مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وبعضِ أَصْحَابِ
الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكَ في وَقْتِ الْبَيْعِ الثاني بملكه الذي اشترأه أولاً .
والثاني ، لا يُشارِكُه ؛ لِأَنَّ مِلْكَه على الْأَوَّلِ لم يَسْتَقِرَّ ؛ لَكُونِ [١٢٧/٥ و]
الشَّفِيعُ يَمْلِكُ أَخْذَهُ . والثالث ، إن عفا الشَّفِيعُ عن الْأَوَّلِ شارِكَه في
الثاني ، وإن أخذَ بهما جَمِيعًا لم يُشارِكَه . وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ
إذا عفا عنه ، اسْتَقَرَّ مِلْكَه ، بخلافِ ما إذا أَخَذَ . فإن قلنا : يُشارِكُ^(١) في
الشُّفْعَةِ ، ففي قَدَرِ ما يَسْتَحِقُّ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهَا ، ثُلْثُهُ . والثاني ، نِصْفُهُ
بِنَاءً على الرُّوَايَتَيْنِ في قَسْمِ الشُّفْعَةِ على قَدَرِ الْأَمْلاكِ أو عَدَدِ الرُّعُوسِ .
فإذا قلنا : يُشارِكُه . فَعَفَا لَه عن الْأَوَّلِ ، صار له ثُلْثُ الْعَقَارِ ، في أَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ . وفي الْآخَرِ ، ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهِ ، وباقِيه لِشَرِيكِهِ . وإن لم يَعْفُ عن
الْأَوَّلِ ، فله نِصْفُ سُدْسِهِ ، في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وفي الْآخَرِ ، ثُمْنُهُ ، والباقي
لَشَرِيكِهِ . وإن باعَه الشَّرِيكَ الشَّقْصَ في ثَلَاثِ صَفَقَاتٍ مُتَّسَاوِيَةٍ ، فحُكْمُهُ
حُكْمُ ما لو باعَه لثَلَاثَةِ أَنْفُسٍ ، على ما نَذَرُوه . وَيَسْتَحِقُّ ما يَسْتَحِقُّونَ ،
ولِلشَّفِيعِ هُنَا مِثْلُ ما لَه مع الثَّلَاثَةِ . والله أَعْلَمُ .

و « التَّصْحِيحِ » . وجزم به في « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِيسِ » ، و « الْفَائِقِ » .
وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِهِ » . والوجهُ الثَّانِي ، لا يُشارِكُه فيها . اختاره القاضي ،
وابنُ عَقِيلٍ . وفيه وَجْهٌ ثَالِثٌ ، وهو إن عفا الشَّفِيعُ عن الْأَوَّلِ ، شارِكَه في الثَّانِي .
وأُطْلِقَهُنَّ في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الْفُرُوعِ » .

(١) في م : « يشارِكُه » .

فصل : وإن كانت دار بين ثلاثة ، فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه ، فباعهما لرجل واحد ، فلشريكهما الشفعة فيهما ، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأن المالك اثنان ، فهما يبعان ، فكان له أخذ نصيب أحدهما ، كما لو توليا العقد . والثاني ، ليس له ذلك ؛ لأن الصفقة واحدة ، وفي أخذ أحدهما تبعض الصفقة على المشتري ، فلم يجز ، كما لو كانا لرجل واحد . وإن وكل رجل رجلًا في شراء نصف نصيب أحد الشركاء ، فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله ، فلشريكه أخذ نصيب أحدهما ؛ لأنهما مشتريان ، أشبه ما لو وليا العقد . والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها أن أخذ أحد النصيبين لا يفضي إلى تبعض الصفقة على المشتري ، ولأنه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر ، بخلاف التي قبلها ، فإن المشتري واحد .

قوله : وإن أخذ بهما ، لم يُشارِكْهُ في شفعة الأول [٢١٠/٢] - بلا نزاع - وهل يُشارِكْهُ في شفعة الثاني ؟ على وجهين . وأطلقهما في « المغنى » ، و « الشرح » ، و « شرح ابن منجي » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ؛ أحدهما ، يُشارِكْهُ . صححه في « التصحيح » ، و « النظم » . والوجه الثاني ، لا يُشارِكْهُ . قال الحارثي : وهو الأصح . قلت : وهو الصواب .

وَإِنْ اشْتَرَى اثْنَانِ حَقَّ وَاحِدٍ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ حَقِّ أَحَدِهِمَا .

٢٤٠٤ - مسألة : (وَإِنْ اشْتَرَى اثْنَانِ حَقَّ وَاحِدٍ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ حَقِّ أَحَدِهِمَا) وبه قال مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة في إحدَى الروائيتين عنه . وقال في الأخرى : [١٢٧/٥ ط] يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ بَعْدَ الْقَبْضِ ، وَلَا يَجُوزُ قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ الْقَبْضِ يَبْعُثُ صَفْقَةَ الْبَائِعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا مُشْتَرِيَانِ ، فَجَازَ لِلشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، كَمَا بَعْدَ الْقَبْضِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مَمْنُوعٌ . عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرَى الْآخَرَ يَأْخُذُ نَصِيبَهُ ، فَلَا يَكُونُ تَبْعِيضًا . فَإِنْ بَاعَ اثْنَانِ مِنْ اثْنَيْنِ ، فَهِيَ أَرْبَعَةُ عُقُودٍ ، وَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ الْكُلِّ ، أَوْ مَا شَاءَ مِنْهَا .

قوله : (وَإِنْ اشْتَرَى اثْنَانِ حَقَّ وَاحِدٍ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ حَقِّ أَحَدِهِمَا . إِذَا تَعَدَّدَ الْمُشْتَرَى ، وَالْبَائِعُ وَاحِدٌ ؛ بَأْنِ ابْتِاعِ اثْنَانِ أَوْ جَمَاعَةً شِقْصًا مِنْ وَاحِدٍ ، فَقَالَ ابْنُ الزَّأْغُونِيِّ فِي « الْمَبْسُوطِ » : نَصَّ أَحَدُهُ عَلَى أَنَّ شِرَاءَ الْاِثْنَيْنِ مِنَ الْوَاحِدِ عَقْدَانِ وَصَفَقَتَانِ ، فَلِلشَّفِيعِ ، إِذَنْ ، أَخْذُ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ^(١) ، وَتَرَكَ الْبَاقِي ، كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرُهُمْ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ » ، وَ « الْفَاتِيحِ » . وَقِيلَ : هُوَ عَقْدٌ وَاحِدٌ ، فَلَا يَأْخُذُ إِلَّا الْكُلَّ ، أَوْ يَتْرُكُ .

(١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « أَحَدُهُمْ » .

الشرح الكبير

فصل : وإذا باع شِقْصًا لثلاثة دَفْعَةً وَاحِدَةً ، فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة ، وله أن يأخذ من أحدهم ، وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث ؛ لأنَّ كُلَّ عَقْدٍ منها مُتَّفَرِّدٌ ، فلا يَتَوَقَّفُ الأخذُ به على الأخذِ بما في العَقْدِ الآخر ، كما لو كانت مُتَّفَرِّقَةً . وإذا أَخَذَ نَصِيبَ أَحَدِهِمْ ، لم يَكُنْ^(١) للآخرين مُشَارَكَةٌ في الشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ مِلْكَهُمَا لم يَسْبِقْ مِلْكُ مَنْ أَخَذَ نَصِيبَهُ ، ولا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ إِلَّا بِمِلْكٍ سَابِقٍ . فأما إن باع نَصِيبَهُ لثلاثة في ثلاثة عُقُودٍ مُتَّفَرِّقَةٍ ، ثم عَلِمَ الشَّفِيعُ ، فله أيضًا أن يأخذ الثلاثة ، وله أن يأخذ ما شاء منها ، فإن^(٢) أَخَذَ نَصِيبَ الأوَّلِ ، لم يَكُنْ للآخرين مُشَارَكَةٌ في شُفْعَتِهِ ؛ لأنَّهُمَا لم يَكُنْ لهما مِلْكٌ حِينَ بَيْعِهِ^(٣) ، وإن أَخَذَ نَصِيبَ الثاني وحده ، لم يَمْلِكِ الثالثُ مُشَارَكَتَهُ ؛ لذلك ، ويُشَارِكُهُ الأوَّلُ في شُفْعَتِهِ ؛ لأنَّ مِلْكَهُ سَابِقٌ لِشِرَاءِ الثاني ، فهو شَرِيكٌ في اسْتِحْقَاقِهَا حَالَ شِرَائِهِ . وَيَحْتَمِلُ أن لا يُشَارِكَهُ ؛ لأنَّ مِلْكَهُ حَالَ شِرَاءِ الثاني يَسْتَحِقُّ أَخْذَهُ بِالشُّفْعَةِ ؛ فلا يَكُونُ سَبَبًا^(٤) في اسْتِحْقَاقِهَا^(٥) . وإن أَخَذَ مِنَ الثَّالِثِ وَعَفَا

فائدتان : إحداهما ، لو اشترى الواحدُ لِنَفْسِهِ ولغيره بالوَ كَالَةِ شِقْصًا مِنْ واحدٍ ، الإنصاف ، فالْحُكْمُ كَذَلِكَ ؛ لِتَعَدُّدِ مَنْ وَقَعَ الْعَقْدُ لَهُ . وكذا ما لو كان وَكِيلًا لِأَتْنَيْنِ واشترى لهما . وقيل : الاعتبارُ بِوَكِيلِ الْمُشْتَرَى . ذَكَرَهُ في « الرَّعَايَةِ » . الثانية ، لو باعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ مِنْ ثَلَاثَةِ صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ ، فَلِلشَّفِيعِ الأخذُ مِنَ الْجَمِيعِ ، وَمِنْ

(١) في م : « يمكن » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) زيادة من : م .

عن الأولين ، ففي مُشَارَكتهما له وَجْهَان . وإن أَخَذَ مِنَ الثَّلَاثَةِ ، ففيه وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، لا يُشَارِكُهُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّ أَمْلَاكَهُمْ قَدْ اسْتَحَقَّهَا بِالشُّفْعَةِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ بِهَا شُفْعَةٌ . والثاني ، يُشَارِكُهُ الثَّانِي فِي شُفْعَةِ الثَّالِثِ . وهو قولُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وبعضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَالِكًا مِلْكًا صَحِيحًا حَالِ شِرَاءِ الثَّالِثِ ، وَلِذَلِكَ اسْتَحَقَّ مُشَارَكَتَهُ إِذَا عَفَا عَنْ شُفْعَتِهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَعْفُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا اسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ بِالْمِلْكِ الَّذِي صَارَ بِهِ شَرِيكًا ؛ لَا بِالْعَفْوِ عَنْهُ ، وَلِذَلِكَ قُلْنَا فِي الشُّفْعِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالشُّفْعَةِ حَتَّى بَاعَ نَصِيبَهُ : إِنَّ لَهُ أَخَذَ نَصِيبَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ ، [١٢٨/٥] وَلِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَخَذَ نَصِيبَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي . وعلى هذا ، يُشَارِكُهُ الْأَوَّلُ فِي شُفْعَةِ الثَّانِي والثَّالِثِ جَمِيعًا . فعلى هذا ، إِذَا كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ نِصْفَيْنِ ، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ لثَلَاثَةٍ فِي ثَلَاثَةِ عُقُودٍ ، فِي كُلِّ عَقْدٍ سُدُسًا ، فَلِلشُّفْعِ السُّدُسُ الْأَوَّلُ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ الثَّانِي وَثَلَاثَةُ أَخْمَاسٍ الثَّالِثِ ، وَلِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ رُبْعُ السُّدُسِ الثَّانِي وَخُمْسُ الثَّالِثِ ، وَلِلْمُشْتَرِي الثَّانِي خُمْسُ الثَّالِثِ ، فَتَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ مِنْ مِائَةٍ وَعِشْرِينَ سَهْمًا ، لِلشُّفْعِ الْأَوَّلِ مِائَةٌ وَسَبْعَةُ أَشْهُمٍ ، وَلِلثَّانِي تِسْعَةٌ ، وَلِلثَّالِثِ أَرْبَعَةٌ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الشُّفْعَةَ عَلَى عَدَدِ الرُّعُوسِ . فَلِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ نِصْفُ السُّدُسِ الثَّانِي وَثُلُثُ الثَّالِثِ ، وَلِلثَّانِي ثُلُثُ الثَّالِثِ ، وَهُوَ نِصْفُ التُّسْعِ ، فَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، فَلِلشُّفْعِ تِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ ، وَلِلثَّانِي خَمْسَةٌ ، وَلِلثَّالِثِ سَهْمَانِ .

الْبَعْضُ ؛ فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْبَعْضِ ، فَلَيْسَ لِمَنْ عَدَاهُ الشَّرِكَةُ فِي الشُّفْعَةِ . وَإِنْ بَاعَ كُلًّا مِنْهُمْ عَلَى حِدَةٍ ، ثُمَّ عَلِمَ الشُّفْعِ ، فَلَهُ الْأَخْذُ مِنَ الْكُلِّ ، وَمِنْ الْبَعْضِ ، فَإِنْ

الشرح الكبير

فصل : دارٌ بينَ أربعةٍ أرباعاً ، باعَ ثلاثةٌ منهم في عُقودٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، ولم يَعْلَمْ شَرِيكُهُمْ ، ولا بعضهم ببعضٍ ، فللَّذِي لم يَبِعِ الشُّفْعَةَ في الجَمِيعِ . وهل يَسْتَحِقُّ البائعُ الثاني والثالثُ الشُّفْعَةَ فيما باعَهُ البائعُ الأوَّلُ ؟ على وَجْهَيْنِ . وكذلك هل يَسْتَحِقُّ الثالثُ الشُّفْعَةَ فيما باعَهُ الأوَّلُ والثاني ؟ على وَجْهَيْنِ . وهل يَسْتَحِقُّ مُشْتَرِي الرُّبْعِ الأوَّلِ الشُّفْعَةَ فيما باعَهُ الثاني والثالثُ ؟ وهل يَسْتَحِقُّ الثاني شُفْعَةَ الثالثِ ؟ على ثلاثةِ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، يَسْتَحِقُّانِ ؛ لأنَّهُما مالِكانِ حالَ البَيْعِ . والثاني ، لا حَقَّ لهما ؛ لأنَّ مِلْكَهُما مُتَزَلِّزٌ يَسْتَحِقُّ أَحَدُهُما بِالشُّفْعَةِ ، فلا تَثْبُتُ بِهِ . والثالثُ ، إن عَفَا عنهما أَحَدًا^(١) وإلا فلا . فإذا قلنا : يَشْتَرِكُ الجَمِيعُ . فللَّذِي لم يَبِعْ ثُلُثَ كُلِّ رُبْعٍ ؛ لأنَّ له شَرِيكَيْنِ ، فصارَ له الرُّبْعُ مَضْمُونًا^(٢) إلى مِلْكِهِ ،

أَخَذَ مِنَ الأوَّلِ ، فلا شَرِيكَ لِلآخَرَيْنِ ، وإنْ أَخَذَ مِنَ الثَّانِي ، فلا شَرِيكَ لِلثَّالِثِ ، وللأَوَّلِ الشَّرِيكََةُ في أَصْحُ الوَجْهَيْنِ . قاله الحارِثِيُّ . وجَزَمَ بِهِ في « التَّلْخِصِ » وغيرِهِ . وفي الآخِرِ ، لا . وإنْ أَخَذَ مِنَ الثَّالِثِ ، ففى شَرِيكََةُ الأوَّلَيْنِ الوَجْهَانِ . وإنْ أَخَذَ مِنَ الكُلِّ ، ففى شَرِيكََةُ الأوَّلِ في الثَّانِي والثَّالِثِ ، والثَّانِي في الثَّالِثِ وَجْهَانِ . فإن قِيلَ بِالشَّرِيكََةِ ، والمَبِيعِ مُتَسَاوٍ ، فالسُّدُسُ الأوَّلُ لِلشَّفِيعِ ، وثلاثةُ أَرْبَاعِ الثَّانِي ، وثلاثةُ أَخماسِ الثَّالِثِ ، وللمُشْتَرِي الأوَّلِ رُبْعُ السُّدُسِ الثَّانِي ، وخُمْسُ الثَّالِثِ ، وللمُشْتَرِي الثَّانِي الخُمْسُ الباقِي مِنَ الثَّالِثِ . وتَصِحُّ مِنْ مِائَةِ وَعِشْرِينَ ؛ لِلشَّفِيعِ مِائَةُ وَسَبْعَةٌ ، وللمُشْتَرِي الأوَّلِ تِسْعَةٌ ، والثَّانِي أَرْبَعَةٌ . وإن قِيلَ بِالرَّعُوسِ ؛

(١) في م : « أخذ » .

(٢) في الأصل : « مضمونا » .

وَإِنْ اشْتَرَى وَاحِدٌ حَقَّ اثْنَيْنِ ، أَوْ اشْتَرَى وَاحِدٌ شِقْصَيْنِ مِنْ أَرْضَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ أَحَدِهِمَا ، عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .

فَكَمَلَ لَهُ النِّصْفُ ، وَلِلْبَائِعِ الثَّالِثِ وَالْمُشْتَرَى الْأَوَّلِ الثُّلُثُ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سُدُسٌ ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكَ فِي شُفْعَةٍ مَبِيعَيْنِ . وَلِلْبَائِعِ الثَّانِي وَالْمُشْتَرَى الثَّانِي السُّدُسُ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكَ فِي شُفْعَةٍ بَيْعٍ وَاحِدٍ ، وَتَصَحُّ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ .

٢٤٠٥ - مسألة : (وَإِنْ اشْتَرَى وَاحِدٌ حَقَّ اثْنَيْنِ ، أَوْ اشْتَرَى شِقْصَيْنِ مِنْ دَارَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ [١٢٨/٥ ط] أَحَدِهِمَا ، عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ) إِذَا اشْتَرَى رَجُلٌ مِنْ رَجُلَيْنِ شِقْصًا صَفْقَةً وَاحِدَةً ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ

فَلِلْمُشْتَرَى الْأَوَّلِ نِصْفُ السُّدُسِ الثَّانِي ، وَثُلُثُ^(١) الثَّالِثِ ، وَلِلثَّانِي الثُّلُثُ الْبَاقِي مِنَ الثَّالِثِ ، فَتَصَحُّ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ؛ لِلشَّفِيعِ تِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ ، وَلِلثَّانِي خَمْسَةٌ ، وَلِلثَّالِثِ اثْنَانِ . ذَكَرَ ذَلِكَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ .

قوله : (وَإِنْ اشْتَرَى وَاحِدٌ حَقَّ اثْنَيْنِ ، أَوْ اشْتَرَى وَاحِدٌ شِقْصَيْنِ مِنْ أَرْضَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً - وَالشَّرِيكَ وَاحِدٌ - فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ أَحَدِهِمَا ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ هُنَا مَسْأَلَتَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَعَدُّ الْبَائِعِ ، وَالْمُشْتَرَى وَاحِدٌ ؛ بِأَنْ بَاعَ اثْنَانِ نَصِيبَهُمَا مِنْ وَاحِدٍ صَفْقَةً وَاحِدَةً . فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ أَحَدِهِمَا ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ

(١) فِي ط : « وَسُدُسٌ » .

الشرح الكبير

عن القاضي ، أنه لا يملك ذلك . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ؛ لئلا تبعض صفقة المشتري . ولنا ، أن عقد الاثنين مع واحد عقدان ؛ لأنه مشتري من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد ، فكان للشفيع أخذه ، كما لو أفرده بعقد ، وبهذا ينفصل عما ذكره . وأما إذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد ، وكان الشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر ، فلهما أن يأخذا ويقسما الثمن على قدر القيمتين ، وإن أخذ أحدهما دون الآخر ، جاز ، يأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن . ويتخرج أن لا شفعة له ؛ لأن فيه تبعض الصفقة على المشتري ،

الإنصاف

المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . قال الحارثي : عليه الأصحاب حتى القاضي في « المجرد » ؛ لأنهما عقدان ، لتوقف نقل الملك عن كل واحد من البائعين على عقد ، فملك الاقتصار على أحدهما ، كما لو كانا متعاقبين ، أو المشتري اثنين . وجزم به في « الكافي » ، و « الوجيز » ، وغيرهما . وصححه في « الخلاصة » ، و « شرح حفيده »^(١) ، وغيرهما . وقدمه في « الهداية » ، و « التلخيص » ، و « المغني » ، و « الشرح » ، ونصراه ، وغيرهم . والوجه الثاني ، ليس له إلا أخذ الكل ، أو الترك . اختاره القاضي في « الجامع الصغير » ، و « رعويس المسائل » . وأطلقهما في « المحرر » ، و « الرعاية الكبرى » . وقيل : له أخذ أحدهما هنا دون التي بعدها . جزم به في « الفنون » ، وقاسه على تعدد المشتري ،

(١) هو المنجي بن عثمان بن أسعد بن المنجي التنوخي الدمشقي زين الدين ، أبو البركات . فقيه أصول ، مفسر نحوي ، من تصانيفه « شرح المقنع » في أربع مجلدات ، وله تعليقات كثيرة من الفقه لم يبيض ، توفي سنة خمس وتسعين وستائة . ذيل طبقات الخبالة ٢/ ٣٢٢ ، ٣٢٣ .

وذلك صَرَّرَ به ، وليس له أَخَذُهُمَا مَعًا ؛ لأنَّ أَحَدَهُمَا لا شَرِكَةَ له فيه ، ولا هو تابع لما فيه الشُّفْعَةُ ، فَجَرَى مَجْرَى الشُّقْصِ وَالسَّيْفِ على ما نَذَرُهُ . وإن كان الشَّرِيكُ فيهما واحِدًا ، فله أَخَذُهُمَا وَتَرَكُهُمَا ؛ لأنَّه شَرِيكٌ فيهما ، وله أَخَذُ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ . وهو مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لا يَمْلِكُ ذلك ، ومتى اختارَه ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ فيهما ؛ لأنَّه أَمَكَنَهُ أَخَذُ الْمَبِيعِ كُلَّهُ ، فلم يَمْلِكْ أَخَذَ بَعْضِهِ ، كما لو كان شَقْصًا واحِدًا . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وبعضُ الشَّافِعِيَّةِ . ولنا ، أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ كُلُّ واحِدٍ منهما بِسَبَبٍ غَيْرِ الْآخَرِ ، فَجَرَى مَجْرَى الشَّرِيكَيْنِ ، ولأنَّه لو جَرَى مَجْرَى الشُّقْصِ الْوَاحِدِ لَوَجَبَ - إذا كانا شَرِيكَيْنِ ، فَتَرَكَ أَحَدَهُمَا شُفْعَتَهُ - أن يكونَ لِلْآخَرِ أَخَذُ الْكُلِّ ، والأمرُ بِخِلَافِهِ .

الشرح الكبير

بكلام^(١) يَقْتَضِي أَنَّهُ محلٌّ وفاقٍ . وَأُطْلِقَهُنَّ في « الفروع » ، وهى تَعَدُّ البائع . الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ ، التَّعَدُّ بِتَعَدُّ الْمَبِيعِ ؛ فَإِنْ^(٢) باعَ شَقْصَيْنِ مِنْ دَارَيْنِ صَفْقَةً واحِدَةً مِنْ واحِدٍ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخَذُهُمَا جَمِيعًا ، وَإِنْ أَخَذَ أَحَدَهُمَا ، فله ذلك . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قال الْحَارِثِيُّ : هذا الْمَذْهَبُ . وَجَزَمَ بِهِ في « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَصَحَّحَهُ في « الْخُلَاصَةِ » ، وَحَفِيدُهُ في « شَرْحِهِ » ، وَغَيْرُهُمَا . وَقَدَّمَهُ في « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْكَافِي » ، و « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، وَنَصَرَاهُ ، وَغَيْرِهِمْ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ ،

الإنصاف

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « بَأَنَّ » .

جَزَمَ بِهِ نَاطِظُهَا . وَالْوَجْهَ الثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ أَخْذُ أَحَدِهِمَا . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي «الْهِدَايَةِ» . قَالَ بَعْضُهُمْ : اخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي «الْمُجَرَّدِ» ، وَأَطْلَقَهُمَا فِي «الْمُحَرَّرِ» ، وَ«الرَّعَايَةِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» ، وَهِيَ تَعَدُّ الْمَبِيعِ . فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، إِنْ اخْتَارَ أَحَدَهُمَا ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ فِيهِمَا ؛ لِتَرْكِ الْبَعْضِ مَعَ إِمْكَانِ أَخْذِ الْكُلِّ ، وَكَأَنَّ لَوْ كَانَ شِقْصًا وَاحِدًا .

تَنْبِيْهِ : هَذَا إِذَا اتَّحَدَ الشَّفِيعُ ، فَإِنْ كَانَ لِكُلِّ [٢١٠/٢ ط] وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَفِيعٌ ، فَلَهُمَا أَخْذُ الْجَمِيعِ ، وَقِسْمَةُ الثَّمَنِ عَلَى الْقِيَمَةِ ، وَلَيْسَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا الْإِنْفِرَادُ بِالْجَمِيعِ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ ، نَعَمْ ، لَهُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى مَا هُوَ شَرِيكٌ فِيهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ؛ وَافَقَهُ الْآخَرُ فِي الْأَخْذِ ، أَوْ خَالَفَهُ . وَخَرَجَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ انْفِءَاءَ الشُّفْعَةِ بِالْكُلِّيَّةِ مِنْ مَسْأَلَةِ الشَّقْصِ ، وَالسَّيْفِ .

فَائِدَةٌ : بَقِيَ مَعْنَى لِلتَّعَدُّ صُورَةٌ ؛ وَهِيَ أَنْ يَبِيعَ اثْنَانِ نَصِيبَهُمَا مِنْ اثْنَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً ، فَاتَّعَدُّوْا وَقَعَ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، وَالْعَقْدُ وَاحِدٌ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَلِهَذَا قَالَ أَصْحَابُنَا : هِيَ بِمَثَابَةِ أَرْبَعِ صَفَقَاتٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْمُعْنَى» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَقَالَا : هِيَ أَرْبَعَةُ عُقُودٍ ؛ إِذْ عَقْدُ الْوَاحِدِ مَعَ الْاِثْنَيْنِ عَقْدَانِ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ الْكُلِّ ، أَوْ مَا شَاءَ مِنْهُمَا ، وَذَلِكَ خَمْسَةُ آخِرَةٍ ؛ أَخْذُ الْكُلِّ ، أَخْذُ نِصْفِهِ وَرُبُعِهِ مِنْهُمَا ، أَخْذُ نِصْفِهِ مِنْهُمَا ، أَخْذُ نِصْفِهِ مِنْ أَحَدِهِمَا ، أَخْذُ رُبُعِهِ مِنْ أَحَدِهِمَا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَغَيْرُهُمَا . وَقِيلَ : ذَلِكَ عَقْدَانِ . قَدَّمَهُ فِي «الرَّعَايَةِ» . قَالَ فِي «الْفَائِقِ» : وَلَوْ تَعَدَّدَ الْبَائِعُ وَالْمَبِيعُ ، وَاتَّحَدَ الْعَقْدُ وَالْمُسْتَشْتَرَى ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

المقنع وَإِنْ بَاعَ شِقْصًا وَسَيْفًا ، فَلِلشَّافِعِ أَخْذُ الشَّقْصِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ . وَيَحْتَمِلُ إِلَّا يَجُوزَ [١٤٤ و] .

الشرح الكبير

٢٤٠٦ - مسألة : (وَإِنْ بَاعَ شِقْصًا وَسَيْفًا ، فَلِلشَّافِعِ أَخْذُ الشَّقْصِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ) إِذَا بَاعَ شِقْصًا مَشْفُوعًا وَمَعَهُ مَا لَا شُفْعَةَ فِيهِ ، كَالسَّيْفِ ، وَالثَّوْبِ ، فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، ثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ فِي الشَّقْصِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ دُونَ مَا مَعَهُ ، فَيَقُومُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَيُقَسَّمُ الثَّمَنُ عَلَى قَدَرِ قِيَمَتِهِمَا ، فَمَا يَخُصُّ الشَّقْصَ يَأْخُذُ بِهِ الشَّافِعُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ ؛ لِئَلَّا تَتَّبَعُ صَفَقَةُ^(١) الْمُشْتَرِي ، وَفِي ذَلِكَ إِضْرَارٌ بِهِ ، أَشَبَّهُ مَا لَوْ أَرَادَ أَخْذَ بَعْضِ الشَّقْصِ . وَقَالَ مَالِكٌ : ثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ فِيهِمَا ؛ لِذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنْ السَّيْفَ لَا شُفْعَةَ فِيهِ ، وَلَا هُوَ تَابِعٌ لِمَا فِيهِ الشُّفْعَةُ ، فَلَمْ يُؤْخَذْ بِالشُّفْعَةِ ، كَمَا لَوْ أَفْرَدَهُ ، وَالضَّرَرُ اللَّاحِقُ بِالْمُشْتَرِي هُوَ الْحَقُّ بِنَفْسِهِ لَجَمْعِهِ فِي الْعَقْدِ بَيْنَ مَا ثَبَتَ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا ثَبَتَ ، وَلَئِنْ فِي الْأَخْذِ بِالْكُلِّ إِضْرَارًا بِالْمُشْتَرِي أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا كَانَ غَرَضُهُ فِي إِبْقَاءِ السَّيْفِ لَهُ ، فَفِي أَخْذِهِ مِنْهُ إِضْرَارٌ بِهِ مِنْ غَيْرِ سَبَبٍ يَفْتَضِيهِ .

الإيضاح

قوله : (وَإِنْ بَاعَ شِقْصًا وَسَيْفًا ، فَلِلشَّافِعِ أَخْذُ الشَّقْصِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ - هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ - وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ . وَهُوَ تَخْرِيجٌ لِأَبِي الْخَطَّابِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَمِنْ بَعْدِهِ ؛ بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ .

(١) فِي م : « شَفْعَةٌ » .

وَأِنْ تَلَفَ بَعْضُ الْمَبِيعِ ، فَلَهُ أَخْذُ الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ . ^{المقنع}
وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : إِنْ كَانَ تَلَفُهُ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَيْسَ لَهُ
أَخْذُهُ إِلَّا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ .

٢٤٠٧ - مسألة : (وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُ الْمَبِيعِ ، فَلَهُ أَخْذُ الْبَاقِي ^{الشرح الكبير}
بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : إِنْ كَانَ تَلَفُهُ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَيْسَ
لَهُ أَخْذُهُ إِلَّا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ) إِذَا تَلَفَ الشَّقْصُ أَوْ بَعْضُهُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ،
فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ تَلَفَ فِي يَدِهِ ، فَإِنْ أَرَادَ الشَّفِيعُ الْأَخْذَ إِذَا تَلَفَ
بَعْضُهُ ، أَخْذَ الْمَوْجُودَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، سَوَاءً كَانَ التَّلَفُ بِفِعْلِ اللَّهِ
تَعَالَى أَوْ بِفِعْلِ آدَمِيٍّ ، وَسَوَاءً تَلَفَ بِاخْتِيَارِ الْمُشْتَرِي ؛ كَنَقْضِهِ الْبِنَاءَ ،

فائدة : أَخْذُ الشَّفِيعِ لِلشَّقْصِ لَا يَثْبُتُ خِيَارَ التَّفْرِيقِ لِلْمُشْتَرِي . قَالَ فِي ^{الإنصاف}
« التَّلْخِصِ » وَغَيْرِهِ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ .

قوله : وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُ الْمَبِيعِ ، فَلَهُ أَخْذُ الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ . هَذَا الْمَذْهَبُ
مُطْلَقًا ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، إِلَّا أَنَّ ابْنَ حَامِدٍ اخْتَارَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ تَلَفُهُ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى ،
فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ إِلَّا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، كَمَا نَقَلَهُ الْمُصَنِّفُ عَنْهُ .

فائدة : لَوْ تَعَيَّبَ الْمَبِيعُ بَعْضَ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُتَنَقِصَةِ لِلثَّمَنِ ، مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ،
فَلَيْسَ لَهُ الْأَخْذُ إِلَّا بِكُلِّ الثَّمَنِ ، أَوْ التَّرْكُ . قَطَعَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُغْنَى » ،
وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي »
الصَّغِيرُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، لَهُ الْأَخْذُ بِالْحِصَّةِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي يَعْقُوبُ . قَالَ
الْحَارِثِيُّ : وَأُظُنُّ ، أَوْ أَجْزِمُ ، أَنَّهُ قَوْلُ الْقَاضِي فِي « التَّعْلِيقِ » . قَالَ : وَهُوَ
الصَّحِيحُ .

أو بغير اختياره ، مثل أن أنهدم . ثم إن كانت الأنقاض^(١) موجودة ، أخذها مع العرصة بالحصة ، وإن كانت معدومة ، أخذ العرصة^(٢) وما بقي من البناء . هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم . وهو قول الثوري ، والعنبري ، وأبي يوسف ، وقول للشافعي . وقال ابن حامد : إن كان التلّف بفعل آدمي ، كما ذكرنا ، وإن كان بفعل الله تعالى ؛ كأنهدم البناء بنفسه ، أو حريق ، أو غرق ، فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن ، أو يترك . وهو قول أبي حنيفة ، وقول للشافعي ؛ لأنه متى كان التقص بفعل آدمي ، رجع بدله إلى المشتري ، فلا يتضرر ، ومتى كان بغير ذلك ، لم يرجع إليه شيء ، فيكون الأخذ منه إضراراً به ، والضرر لا يزال بالضرر . ولنا ، أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع ، وقدر على أخذ البعض ، فكان له بالحصة ، كما لو تلف [١٢٩/٥ ظ] بفعل آدمي سواه ، وكما لو كان له شفيع آخر ، أو نقول : أخذ بعض ما دخل معه في العقد ، فأخذه بالحصة ، كما لو كان معه سيف . وأما الضرر فإنما حصل بالتلف ، ولا صنع للشفيع فيه ، والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه ، فلا يتضرر المشتري بأخذه . وإنما قلنا : يأخذ الأنقاض^(١) وإن كانت منفصلة ؛ لأن استحقاقه كان حال عقد البيع ، وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس ماله إلى الانفصال ، وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة .

(١) في م : « الأبعاض » .

(٢) في م : « العوض » .

فَصْلٌ : الْخَامِسُ ، أَنْ يَكُونَ لِلشَّفِيعِ مِلْكٌ سَابِقٌ .

المقنع

الشرح الكبير

وَيُفَارِقُ الثَّمَرَةَ غَيْرَ الْمُؤَبَّرَةِ إِذَا أُبِّرَتْ ، فَإِنَّ مَالَهَا إِلَى الْإِنْفِصَالِ وَالظُّهُورِ ، فَإِذَا ظَهَرَتْ فَقَدْ انْفَصَلَتْ ، فَلَمْ تَدْخُلْ فِي الشُّفْعَةِ . وَإِنْ نَقَصَتْ الْقِيَمَةُ مَعَ بَقَاءِ صُورَةِ الْمَبِيعِ ، مَثَلُ أَنْ انْشَقَّ الْحَائِطُ ، وَاسْتَهْدَمَ الْبِنَاءُ ، وَشَعِثَ الشَّجَرُ ، وَبَارَتْ الْأَرْضُ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ أَوْ يَتْرَكَ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْمَعَانِي لَا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ ، بِخِلَافِ الْأَعْيَانِ ، وَلِهَذَا لَوْ بَنَى الْمُشْتَرِي ، أَعْطَاهُ الشَّفِيعُ قِيَمَةَ بِنَائِهِ ، وَلَوْ زَادَ الْمَبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، دَخَلَتْ فِي الشُّفْعَةِ .

فصل : الشرط (الخامس ، أَنْ يَكُونَ لِلشَّفِيعِ مِلْكٌ سَابِقٌ) لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا ثَبَّتَ لِلشَّرِيكِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُ ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مِلْكٌ سَابِقٌ فَلَا ضَرَرَ عَلَيْهِ ، فَلَا تَثْبُتُ لَهُ الشُّفْعَةُ .

قوله : الخامس ، أَنْ يَكُونَ لِلشَّفِيعِ مِلْكٌ سَابِقٌ ، فَإِنْ اشْتَرَى اثْنَانِ دَارًا صَفْقَةً وَاحِدَةً ، فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ - بِلَا نِزَاعٍ - فَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السَّبْقَ ، فَتَحَالَفَا أَوْ تَعَارَضَتْ بَيِّنَتَاهُمَا ، فَلَا شُفْعَةَ لهما . هَذَا الْمَذْهَبُ فِي تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَابِهِ . فَإِنْ قِيلَ بِاسْتِعْمَالِهِمَا بِالْقُرْعَةِ ، فَمَنْ قَرَعَ ، حَلَفَ ، وَقُضِيَ لَهُ . وَإِنْ قِيلَ بِاسْتِعْمَالِهِمَا بِالْقِسْمَةِ ، فَلَا أَثَرَ لَهَا ههنا ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ بَيْنَهُمَا مُتَّفِقِسَةٌ ، إِلَّا أَنْ تَتَفَاوَتْ الشَّرِكَةُ ، فَيُقَيَّدُ التَّنْصِيفُ ، وَلَا يَمِينُ إِذَا ، عَلَى مَا يَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فَإِنْ اشْتَرَى اثْنَانِ دَارًا صَفْقَةً وَاحِدَةً ، فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ . وَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السَّبْقَ ، فَتَحَالَفَا ، أَوْ تَعَارَضَتْ بَيِّنَتَاهُمَا ، فَلَا شُفْعَةَ لَهُمَا .

٢٤٠٨ - مسألة : (فَإِنْ اشْتَرَى اثْنَانِ دَارًا صَفْقَةً وَاحِدَةً ، فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ) لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ ؛ لِتَسَاوِيهِمَا .

٢٤٠٩ - مسألة : (فَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السَّبْقَ ، فَتَحَالَفَا ، أَوْ تَعَارَضَتْ بَيِّنَتَاهُمَا ، فَلَا شُفْعَةَ لَهُمَا) إِذَا كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ مَا فِي يَدِهِ بِالشُّفْعَةِ ، سُئِلَا : مَتَى مَلَكَتُمَاهَا ؟ فَإِنْ قَالَا : مَلَكَتَاهَا دَفْعَةً وَاحِدَةً . فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا ثَبَتَتْ بِمِلْكٍ سَابِقٍ فِي مِلْكٍ مُتَجَدِّدٍ بَعْدَهُ . وَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : مِلْكِي سَابِقٌ . وَلِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ بِمَا ادَّعَاهُ ، قُضِيَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ^(١) مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ أَسْبَقُهُمَا تَارِيخًا ، فَإِنْ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِسَبْقِ مِلْكِهِ وَتَجَدُّدِ مِلْكِ صَاحِبِهِ ، تَعَارَضَتَا . وَإِنْ لَمْ [١٣٠/٥] يَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، سَمِعْنَا دَعْوَى السَّابِقِ ، وَسَأَلْنَا خَصْمَهُ ، فَإِنْ أَنْكَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، فَإِنْ حَلَفَ ، سَقَطَتْ دَعْوَى الْأَوَّلِ ، ثُمَّ نَسْمَعُ دَعْوَى الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ ، فَإِنْ أَنْكَرَ وَحَلَفَ ، سَقَطَتْ دَعْوَاهُمَا جَمِيعًا . وَإِنْ ادَّعَى الْأَوَّلُ فَتَكَلَّ الثَّانِي عَنْ الْيَمِينِ ، قَضَيْنَا عَلَيْهِ ، وَلَمْ نَسْمَعْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّ خَصْمَهُ قَدْ اسْتَحَقَّ مِلْكَهُ . وَإِنْ حَلَفَ الثَّانِي وَنَكَلَ

(١) سقط من : الأصل .

الأول ، قَضَيْنَا عَلَيْهِ .

٢٤١٠ - مسألة : (وَلَا شُفْعَةَ بِشْرَكَةِ الْوَقْفِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ)
 ذَكَرَهُ الْقَاضِيَانِ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَأَبُو يَعْلَى . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛
 لِأَنَّهُ لَا يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ ، فَلَا تَجِبُ بِهِ ، كَالْمُجَاوِرِ وَمَا لَا يَنْقَسِمُ . وَلَأَنَّنَا
 إِنْ قُلْنَا : هُوَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ . فَالْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ غَيْرُ مَالِكٍ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ
 مَمْلُوكٌ . فَمِلْكُهُ غَيْرُ تَامٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُبَيِّحُ^(١) إِبَاحَةَ التَّصَرُّفِ فِي الرَّقَبَةِ ، فَلَا
 يَمْلِكُ بِهِ مِلْكًا تَامًا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ قُلْنَا : هُوَ مَمْلُوكٌ . وَجِبَتْ
 بِهِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ يَبِيعُ فِي شَرِكَتِهِ شَقْصًا ، فَوَجِبَتْ بِهِ الشُّفْعَةُ ،
 كَالطَّلَقِ^(٢) ، وَلَأَنَّ الضَّرَرَ يَنْدَفِعُ عَنْهُ بِالشُّفْعَةِ ، فَوَجِبَتْ فِيهِ ، كَوُجُوبِهَا
 فِي الطَّلَاقِ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَسْتَحِقَّ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِهَا يَبِيعُ ، وَهُوَ مِمَّا لَا
 يَجُوزُ بَيْعُهُ .

قوله : وَلَا شُفْعَةَ بِشْرَكَةِ الْوَقْفِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . إِذَا بَاعَ طَلَقَ فِي شَرِكَةِ
 الْوَقْفِ ، فَهَلْ يَسْتَحِقُّهُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ؟ لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ نَقُولَ : يَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ
 عَلَيْهِ الْوَقْفَ ، أَوْ لَا . فَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ عَلَى مَا يَأْتِي ، فَالصَّحِيحُ
 مِنَ الْمَذْهَبِ هُنَا ، أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ لَهُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَطَعَ بِهِ أَيْضًا
 ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِي وَابْنُهُ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالشَّرِيفَانِ ؛ أَبُو جَعْفَرٍ ،
 وَالزَّيْدِيُّ ، وَأَبُو الْفَرَجِ الشَّيرَازِيُّ فِي آخَرِينَ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَصَحَّحَهُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَبِيعُ » .

(٢) لَعَلَّهُ أَرَادَ بِهِ غَيْرَ الْوَقْفِ .

في « الخلاصة » ، و « النظم » . وقدمه في « المعنى » ، و « الشرح » ،
و « الفروع » ، و « الفائق » . وقال أبو الخطاب : له الشفعة . قال الحارثي :
و جوب الشفعة ، على قولنا بالملك ، هو الحق . وقدمه في « الرعايتين » ،
و « الحاوي الصغير » . وأطلقهما في « المذهب » ، و « المستوعب » ،
و « المحرر » ، و « الكافي » . وإن قلنا : لا يملك الموقوف عليه الوقف . فلا
شفعة أيضًا . على الصحيح من المذهب ، قطع به الجمهور ؛ منهم القاضي ، وأبو
الخطاب ، وصاحب « المحرر » ، و « الرعاية الصغير » ، و « الحاوي
الصغير » ، ومن تقدم ذكره في المسألة الأولى ، وغيرهم . وقدمه في « الرعاية
الكبرى » . وقيل : له الشفعة . قال في « الرعاية الكبرى » : وقيل : إن قلنا :
القسمة إفراز . وجبت ، وإلا فلا . انتهى . اختار في « الترغيب » ، إن قلنا : القسمة
إفراز . وجبت هي ، والقسمة بينهما . فعلى هذا ، الأصح ، يؤخذ بها موقوف
جاز بيعه . قال في « التلخيص » ، بعد أن حكى كلام أبي الخطاب المتقدم :
ويتخرج عندي ، وإن قلنا : يملكه في الشفعة ، وجهان مبنيان على أنه ، هل يُقسم
الوقف ، والطلاق ، أم لا ؟ فإن قلنا : القسمة إفراز . قسم ، وتجب الشفعة ، وإن
قلنا : بيع . فلا قسمة ، ولا شفعة . انتهى . قال في « القواعد » ، بعد أن حكى
الطريقتين : هذا كله مفرغ [٢١١/٢ د] ، على المذهب في جواز قسمة الوقف ،
من الطلاق . أمّا على الوجه الآخر بمنع القسمة ، فلا شفعة ؛ إذ لا شفعة في ظاهر
المذهب ، إلا فيما يقبل القسمة من العقار . وكذلك بنى صاحب « التلخيص »
الوجهين على الخلاف في قبول القسمة . انتهى .

تنبيه : هذه الطريقة التي ذكرناها وهي : إن قلنا : الموقوف عليه يملك الوقف .
وجبت الشفعة . أو : لا يملك . فلا شفعة ، هي طريقة أبي الخطاب ، وجماعة .

فَصْلٌ : وَإِنْ تَصَرَّفَ الْمُشْتَرَى فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الطَّلَبِ ^{المقنع} بَوَقْفٍ أَوْ هِبَةٍ ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ . نَصَّ عَلَيْهَا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا تَسْقُطُ .

فصل : (وَإِنْ تَصَرَّفَ الْمُشْتَرَى فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الطَّلَبِ بَوَقْفٍ أَوْ هِبَةٍ ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ . نَصَّ عَلَيْهِ) فِي رِوَايَةِ عَلِيِّ بْنِ سَعِيدٍ ، وَبَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنِ الْمَاسَرَجِسِيِّ ^(١) فِي الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَثْبُتُ فِي الْمَمْلُوكِ ، وَقَدْ خَرَجَ بِهَذَا عَنْ كَوْنِهِ مَمْلُوكًا . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : مَنْ اشْتَرَى دَارًا فَجَعَلَهَا مَسْجِدًا ، فَقَدْ اسْتَهْلَكَهَا ، وَلَا شُفْعَةَ فِيهَا . وَلِأَنَّ فِي الشُّفْعَةِ هُنَا إِضْرَارًا بِالْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَالْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ يَزُولُ عَنْهُ بغيرِ عَوْضٍ ، وَلَا يُزَالُ الضَّرَرُ بِالضَّرَرِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ ، فَإِنَّهُ إِذَا فُسِّخَ

وَلِلْأَصْحَابِ طَرِيقَةٌ أُخْرَى ؛ وَهِيَ أَنَّ الْخِلَافَ جَارٍ ، سَوَاءً قُلْنَا : يَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ ^{الإنصاف} عَلَيْهِ الْوَقْفَ . أَمْ لَا . وَهِيَ طَرِيقَةُ الْأَكْثَرِينَ ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْمُصَنِّفِ هُنَا وَغَيْرِهِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : إِنْ قُلْنَا بَعْدَ الْمِلْكِ ، فَلَا شُفْعَةَ ، وَإِنْ قِيلَ بِالْمِلْكِ ، فَوُجْهَانِ . وَهِيَ طَرِيقَةُ صَاحِبِ « الْمُحَرَّرِ » . وَاخْتَارَهُ فِي « التَّلْخِصِ » ، لَكِنْ بَنَاهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

قوله : وَإِنْ تَصَرَّفَ الْمُشْتَرَى فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الطَّلَبِ بَوَقْفٍ أَوْ هِبَةٍ - وكذا

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ ، ر ١ ، ر ٢ : « الْمَاسَرَجِسِيُّ مِنَ الشَّافِعِيَّةِ » . وَهُوَ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ سَهْلٍ النِّسَابُورِيُّ الْمَاسَرَجِسِيُّ أَبُو الْحَسَنِ ، شَيْخُ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ الطَّبْرِيِّ ، كَانَ إِمَامًا مِنَ الْفُقَهَاءِ الشَّافِعِيَّةِ مِنْ أَعْلَمِ النَّاسِ بِالْمَذْهَبِ وَفُرُوعِ الْمَسَائِلِ ، تَوَفَّى سَنَةَ أَرْبَعٍ وَثَمَانِينَ وَثَلَاثُمِائَةٍ وَهُوَ ابْنُ سِتٍّ وَثَمَانِينَ سَنَةً . طَبَقَاتُ الشَّافِعِيَّةِ (لِلْأَسْنَوِيِّ) ٢ / ٣٨٠ ، ٣٨١ . تَهْذِيبُ الْأَسْمَاءِ ٢ / ٢١٢ - ٢١٤ .

الْبَيْعِ الثَّانِي ، رَجَعَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي بِالْثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَ مِنْهُ ، فَلَا يُلْجَأُ بِهِ
ضَرَرٌ ، وَلَأنَّ ثُبُوتَ الشُّفْعَةِ هُنَا يُوجِبُ رَدَّ الْعَوَضِ إِلَى غَيْرِ الْمَالِكِ وَسَلْبَهُ
عَنِ الْمَالِكِ ، وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌ ، فَيَكُونُ مَنْفِيًّا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لِلشَّفِيعِ فَسْخُ
ذَلِكَ وَأَخْذُهُ بِالْثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ بِهِ [١٣٠/٥ ظ] . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ،

بِصَدَقَةٍ - سَقَطَتْ - وَكَذَا لَوْ أَعْتَقَهُ - نَصَّ عَلَيْهِ . ^(١) وَقُلْنَا : فِيهِ الشُّفْعَةُ ، عَلَى مَا
تَقَدَّمَ ^(٢) . وَهَذَا الْمَذْهَبُ فِي الْجَمِيعِ ، نَصَّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ
الْحَارِثِيُّ : وَقَالَ أَصْحَابُنَا : إِنْ تَصَرَّفَ بِالْهَبَةِ أَوْ الصَّدَقَةِ أَوْ الْوَقْفِ ، بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ .
وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » وَغَيْرِهَا . وَقَدَّمَهُ فِي
« الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « نَازِمِ الْمَفْرَدَاتِ » ، وَهُوَ مِنْهَا ؛ فَقَالَ ، بَعْدَ
أَنْ ذَكَرَ الْوَقْفَ ، وَالْهَبَةَ ، وَالصَّدَقَةَ : جَمْعُ الْأَصْحَابِ عَلَى هَذَا التَّمَطُّ . وَالْقَاضِي
قَالَ : النَّصُّ فِي الْوَقْفِ فَقَطْ .

وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي « التَّنْبِيهِ » : وَلَوْ بَنَى حِصْنَهُ مَسْجِدًا ، كَانَ الْبِنَاءُ بَاطِلًا ؛ لِأَنَّهُ
وَقَعَ فِي غَيْرِ مِلْكٍ تَامٍّ لَهُ . هَذَا لَفْظُهُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : الْقِيَاسُ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ . وَاخْتَارَهُ
فِي « الْفَائِقِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ قَوِيٌّ جَدًّا . وَقَالَ : حَكَّى الْقَاضِي أَنَّ أَبَا بَكْرٍ
قَالَ فِي « التَّنْبِيهِ » : الشَّفِيعُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يُقَرَّهَ عَلَى مَا تَصَرَّفَ ، وَبَيْنَ أَنْ يَنْقُضَ
التَّصَرُّفَ ؛ فَإِنْ كَانَ وَفَّقًا عَلَى قَوْمٍ ، فَسَخَّه ، وَإِنْ كَانَ مَسْجِدًا ، نَقَضَهُ ؛ اعْتِبَارًا
بِهِ لَوْ تَصَرَّفَ بِالْبَيْعِ . قَالَ : وَتَبِعَهُ الْأَصْحَابُ عَلَيْهِ ، وَمِنْ ضَرُورَتِهِ عَدَمُ السُّقُوطِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

والشافعي^(١) ، وأصحاب الرأي ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ يَمْلِكُ فَسَخَ الْبَيْعِ الثَّانِي والثَّالِثُ مع إمكانِ الأخذِ بهما ، فَلأنَّ يَمْلِكُ فَسَخَ عَقْدٍ لَا يُمْكِنُهُ الْأَخْذُ بِهِ أَوْلَى ، وَلأنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ أَسْبَقُ ، وَجَنَّتَهُ أَقْوَى ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْمُشْتَرِي تَصَرُّفًا يُبْطِلُ حَقَّهُ ، وَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَبْطُلَ الْوَقْفُ لِأَجْلِ حَقِّ الْغَيْرِ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ الْمَرِيضُ أَمْلَاكَه وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَإِنَّهُ إِذَا مَاتَ رُدَّ الْوَقْفُ إِلَى الْغُرَمَاءِ وَالْوَرَثَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى ثَلَاثِهِ ، بَلْ لَهُمْ إِبْطَالُ الْعِتْقِ ، وَالْوَقْفُ أَوْلَى . فَإِذَا قُلْنَا

مُطْلَقًا . كَذَا كَرِهَ الْمُصَنِّفُ هُنَاعَهُ ، قَالَ : وَلَمْ أَرَهُ ذَا فِي « التَّنْبِيهِ » ، إِنَّمَا فِيهِ مَا ذَكَرْنَا أَوَّلًا ، مِنْ بُطْلَانِ أَصْلِ التَّصَرُّفِ ، وَبَيْنَهُمَا مِنَ الْبَوْنِ مَا لَا يَخْفَى . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الْفَاتِي » : وَخَصَّ الْقَاضِي النَّصَّ بِالْوَقْفِ ، وَلَمْ يَجْعَلْ غَيْرَهُ مُسْقِطًا ، اخْتَارَهُ شَيْخُنَا . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْفُصُولِ » : وَعَنْهُ ، لَا تَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ شَفِيعٌ . وَضَعَفَهُ بِوَقْفِ غَضَبٍ أَوْ مَرِيضٍ مُسْجِدًا .

تَنْبِيهِ : قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالْخَمْسِينَ » : صَرَّحَ الْقَاضِي بِجَوَازِ الْوَقْفِ ، وَالْإِقْدَامِ عَلَيْهِ ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي مَسْأَلَةِ التَّحِيلِ عَلَى إِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ ، تَحْرِيمُهُ ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ . انْتَهَى . قُلْتُ : قَدْ تَقَدَّمَ كَلَامُ صَاحِبِ « الْفَاتِي » فِي ذَلِكَ ، فِي أَوَّلِ الْبَابِ .

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يُسْقِطُ رَهْنُهُ الشُّفْعَةَ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَإِنْ سَقَطَ بِالْوَقْفِ وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَنَصَرَهُ الْحَارِثِيُّ . وَقِيلَ : الرَّهْنُ كَالْوَقْفِ وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، وَ« الْمُعْنَى » ،

(١) سقط من : الأصل .

بُثُوتِ الشُّفْعَةِ ، أَخَذَ الشَّفِيعُ الشَّقْصَ مِمَّنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، وَيَفْسَخُ عَقْدَهُ ،
وَيَدْفَعُ الثَّمَنَ إِلَى الْمُشْتَرِي . وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يَكُونُ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ؛
لأنَّهُ يَأْخُذُ مِلْكَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الشَّفِيعَ يُبْطِلُ الْهَبَةَ ، وَيَأْخُذُ الشَّقْصَ بِحُكْمِ
العَقْدِ الْأَوَّلِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ وَهَبَ كَانَ الثَّمَنُ لَهُ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَ الْهَبَةِ
الْمَفْسُوخَةِ .

الشرح الكبير

و « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : أَلْحَقَ الْمُصَنِّفُ
الرَّهْنَ بِالْوَقْفِ ، وَالْهَبَةَ ، وَهُوَ بَعِيدٌ عَنْ نَصِّ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ أَبْطَلَ فِي الصَّدَقَةِ وَالْوَقْفِ
بِالْخُرُوجِ عَنِ الْيَدِ وَالْمِلْكِ ، وَالرَّهْنُ غَيْرُ خَارِجٍ عَنِ الْمِلْكِ ، فَاِمْتَنَعَ الْإِلْحَاقُ .
انتهى . وَقَالَ فِي « الْفَاتِقِ » : وَخَصَّ الْقَاضِي النَّصَّ بِالْوَقْفِ ، وَلَمْ يَجْعَلْ غَيْرَهُ
مُسْقِطًا . اخْتَارَهُ شَيْخُنَا ، يَعْنِي الشَّيْخَ تَقِيَّ الدِّينِ ، وَكَلَامُ الشَّيْخِ ، يَعْنِي بِهِ
الْمُصَنِّفُ ، يَقْتَضِي مُسَاوَاةَ الرَّهْنِ ، وَالْإِجَارَةِ ، وَكُلُّ عَقْدٍ لَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ فِيهِ
لِلْوَقْفِ . قَالَ ، يَعْنِي الْمُصَنِّفُ : وَلَوْ جَعَلَهُ صَدَاقًا ، أَوْ عَوَضًا عَنْ خُلْعٍ ، انْبَنَى
عَلَى الْوَجْهِينِ فِي الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ . انْتَهَى . وَقَدَّمَ فِي « الرُّعَايَةِ » سَقُوطَهَا بِإِجَارَةِ
وَصَدَقَةٍ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ أَوْصَى بِالشَّقْصِ ؛ فَإِنْ أَخَذَ الشَّفِيعُ قَبْلَ الْقَبُولِ ، بَطَلَتْ
الْوَصِيَّةُ ، وَاسْتَقَرَّ الْأَخْذُ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . وَإِنْ
طَلَبَ وَلَمْ يَأْخُذْ بَعْدُ ، بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ أَيْضًا ، وَيَدْفَعُ الثَّمَنَ إِلَى الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُمْ ،
وَإِنْ كَانَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ أَخْذِ الشَّفِيعِ أَوْ طَلَبِهِ ، فَكَمَا مَرَّ فِي الْهَبَةِ ؛ تَنْقَطِعُ
الشُّفْعَةُ بِهَا عَلَى الْمَذْهَبِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَعَلَى الْمَحْكِيِّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَإِنْ كَانَ
لَا يَثْبُتُ عَنْهُ ، لَا تَنْقَطِعُ ، وَهُوَ الْحَقُّ . انْتَهَى . وَهُوَ مُقْتَضَى إِطْلَاقِ الْمُصَنِّفِ فِي
« الْمُعْنَى » .

الإنصاف

وَأِنْ بَاعَ فَلِلشَّفِيعِ الْأَخْذُ بِأَيِّ الْبَيْعَيْنِ شَاءَ ، فَإِنْ أَخَذَ الْمُنْعَى بِالْأَوَّلِ ، رَجَعَ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ .

٢٤١١ - مسألة : (وإن باع ، فله الأخذ بأيّ البيعتين شاء ، فإن أخذ بالأوّل ، رجع الثاني على الأوّل) إذا تصرف المشتري في المبيع قبل أخذ الشفيع أو قبل علمه ، صحّ تصرفه ؛ لأنّه ملكه ، وصحّ قبضه له ، ولم يبق إلا أن الشفيع ملك أن يتملّكه عليه ، وذلك لا يمنع من تصرفه ، كما لو كان أحد العوضين في البيع معيّباً^(١) ، لم يمنع التصرف في الآخر ، والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة . وإن كان الواهب ممن له الرجوع فيه ، فمتى تصرف فيه تصرفاً تجب به الشفعة ، كالبيع ، فللشفيع الخيار ، إن شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الأوّل بثمنه ؛ لأنّ الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري ، وإن شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني ؛ لأنّه شفيع في العقدتين ، فكان له الأخذ بأيّهما شاء . وإن تبايع ذلك ثلاثة ، فله أن يأخذ بالبيع الأوّل ، ويتفسخ العقدان الآخرين ، وله أن يأخذه بالثاني ، ويتفسخ الثالث وحده ، وله أن يأخذه بالثالث ، ولا يتفسخ شيء من العقود ، فإذا أخذه من الثالث ، دفع إليه

قوله : وإن باع ، فللشفيع الأخذ بأيّ البيعتين شاء . هذا المذهب بلا ريب ، والمشهور عند الأصحاب ، وقطع به كثير منهم . وقال ابن أبي موسى : يأخذه ممن هو في يده . وهو ظاهر كلام ابن عقيل في « التذكرة » ؛ لأنّه قال : إذا خرج من يده وملكه ، كيف يسلم ؟ وقيل [٢١١/٢] : البيع باطل . وهو ظاهر

(١) في م : « معينا » .

المقنع وَإِنْ فُسِّخَ الْبَيْعُ بِعَيْبٍ أَوْ إِقَالَةٍ أَوْ تَحَالُفٍ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ ،

الشرح الكبير

الثَّمَنَ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ ، وَرَجَعَ الثَّالِثُ عَلَيْهِ بِمَا أَعْطَاهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَنْفَسَخَ عَقْدَهُ وَأَخَذَ الشُّقْصَ مِنْهُ ، فَرَجَعَ بِثَمَنِهِ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ [١٣١/٥] مِنْهُ ، وَإِنْ أَخَذَ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ ، دَفَعَ إِلَى الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ الثَّمَنَ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ ، وَأَنْفَسَخَ عَقْدُ الْآخَرَيْنِ ، وَرَجَعَ الثَّالِثُ عَلَى الثَّانِي بِمَا أَعْطَاهُ ، وَالثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ بِمَا أَعْطَاهُ ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ اشْتَرَاهُ بِعَشْرَةٍ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ الثَّانِي بِعِشْرِينَ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ الثَّالِثُ بِثَلَاثِينَ ، فَأَخَذَهُ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ ، دَفَعَ إِلَى الْأَوَّلِ عَشْرَةً ، وَأَخَذَ « الثَّانِي مِنَ الْأَوَّلِ » عِشْرِينَ ، وَأَخَذَ الثَّالِثُ مِنَ الثَّانِي ثَلَاثِينَ ؛ لِأَنَّ الشُّقْصَ إِنَّمَا يُؤْخَذُ مِنَ الثَّالِثِ ؛ لِكَوْنِهِ فِي يَدِهِ ، وَقَدْ أَنْفَسَخَ عَقْدَهُ ، فَيَرْجِعُ بِثَمَنِهِ الَّذِي وَرِثَهُ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْعَبَّاسِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَمَا كَانَ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ مِمَّا تَجِبُ بِهِ الشُّفْعَةُ ، فَهُوَ كَالْبَيْعِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا تَجِبُ بِهِ الشُّفْعَةُ ، فَهُوَ كَالْهَبَةِ وَالْوَقْفِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ فِيهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٤١٢ - مسألة : (وَإِنْ فُسِّخَ الْبَيْعُ بِعَيْبٍ أَوْ إِقَالَةٍ أَوْ تَحَالُفٍ ،

الإنصاف

كَلَامُ أَبِي بَكْرٍ فِي « التَّنْبِيهِ » . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالْعِشْرِينَ » . وَقَالَ فِي آخِرِ « الْقَاعِدَةِ الثَّالِثَةِ وَالْخَمْسِينَ » : وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّ تَصَرُّفَ الْمُشْتَرِي فِي الشُّقْصِ الْمَشْفُوعِ يَصِحُّ ، وَيَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الشَّفِيعِ .

قوله : وَإِنْ فُسِّخَ الْبَيْعُ بِعَيْبٍ أَوْ إِقَالَةٍ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ . إِذَا تَقَايَلَا الشُّقْصَ ، ثُمَّ

وَيَأْخُذُهُ فِي التَّحَالِفِ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْبَائِعُ .

الشرح الكبير

فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ ، وَيَأْخُذُهُ فِي التَّحَالِفِ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْبَائِعُ (إِذَا رَدَّ الْمُشْتَرِي الشَّقْصَ بَعِيْبٍ أَوْ قَائِلَ الْبَائِعِ ، فَلِلشَّفِيعِ فَسْخُ الْإِقَالَةِ وَالرَّدُّ وَالْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ سَابِقٌ عَلَيْهِمَا ، وَلَا يُمَكِّنُهُ الْأَخْذُ مَعَهُمَا . وَإِنْ تَحَالَفَا عَلَى الثَّمَنِ وَفَسَخَا الْبَيْعَ ، فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ الشَّقْصَ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْبَائِعُ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ مُقَرَّرٌ بِالْبَيْعِ بِالثَّمَنِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ ، وَمُقَرَّرٌ لِلشَّفِيعِ بِاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ بِذَلِكَ ، فَإِذَا بَطَلَ حَقُّ الْمُشْتَرِي بِانْكَارِهِ ، لَمْ يُبْطَلْ حَقُّ الشَّفِيعِ بِذَلِكَ ، وَلَهُ أَنْ يُبْطَلَ فَسْخُهُمَا وَيَأْخُذَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ .

الإصناف

عَلِمَ الْمُشْتَرِي ؛ إِنْ قُلْنَا : الْإِقَالَةُ بَيْعٌ . فَلَهُ الْأَخْذُ مِنْ أَيِّهِمَا شَاءَ ؛ فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْمُشْتَرِي ، نَقَضَ الْإِقَالَةَ ؛ لِيَعُودَ الشَّقْصُ إِلَيْهِ ، فَيَأْخُذَ مِنْهُ ، وَإِنْ قُلْنَا : فَسْخٌ . فَلَهُ الشُّفْعَةُ أَيْضًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ ؛ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي آخَرِينَ . انْتَهَى . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَ« الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : ثُمَّ ذَكَرَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « كِتَابَيْهِ » ، أَنَّهُ يَفْسُخُ الْإِقَالَةَ ؛ لِيَرْجِعَ الشَّقْصُ إِلَى الْمُشْتَرِي ، فَيَأْخُذَ مِنْهُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْأَخْذُ مَعَهُمَا . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لِلشَّفِيعِ انْتِزَاعُهُ مِنْ يَدِ الْبَائِعِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِشْفَاعَ الْاِنْتِزَاعُ مِنْ يَدِ الْمُشْتَرِي ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ : لَا يُمَكِّنُ الْأَخْذُ مَعَهُمَا . وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْحَكَمِ ، عَلَى بُطْلَانِ الشُّفْعَةِ ، وَحَمَلَهُ الْقَاضِي عَلَى أَنَّ الشَّفِيعَ عَفَا وَلَمْ يُطَالَبْ ، وَتَبِعَهُ ابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : وَعِنْدِي أَنَّ الْكَلَامَ عَلَى ظَاهِرِهِ ، وَمَتَى تَقَايَلَا قَبْلَ الْمُطَالَبَةِ

فصل : وإن اشترى شقصاً بعبدٍ ، ثم وجد بائعُ الشَّقصِ بالعبدِ عيباً ،
فله ردُّ العبدِ واسترجاعُ الشَّقصِ ، ويُقدَّم على حقِّ الشَّفيعِ ؛ لأنَّ في
تقديمِ حقِّ الشَّفيعِ إضراراً بالبائعِ ، بإسقاطِ حقه من الفسخ الذي
استَحَقَّه ، والشُّفْعَةُ تَثْبُتُ لإزالةِ الضَّرَرِ ، فلا تَثْبُتُ على وجهٍ يحصلُ به
الضَّرَرُ ؛ فإنَّ الضَّرَرَ لا يُزَالُ بالضَّرَرِ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : يُقدَّمُ حقُّ
الشَّفيعِ في أحدِ الوجهين ؛ لأنَّ حقه أسبقُ ، فوجبَ تقديمه ، كما لو وجد
المُشتري بالشَّقصِ عيباً فردَّه . ولنا ، أنَّ في الشُّفْعَةِ [١٣١/٥ ط] إبطالَ

بالشُّفْعَةِ ، لم تجبِ الشُّفْعَةُ . وكذا قال صاحبُ « التَّلْخِصِ » ، وزاد : فيكونُ
 على روايتين . قال الحارثيُّ : والبطلانُ هو الذي يصحُّ عن أحمد .

فائدة : لو تقايلا بعدَ غفْرِ الشَّفيعِ ، ثم عَنَّ له المطالبةُ ، ففى « المُجَرَّدِ » ،
 و « الفُصولِ » ، إن قيلَ : الإقالةُ فُسِّخَ . فلا شيءَ له ، وإن قيلَ : هى بَيْعٌ . تجددتِ
 الشُّفْعَةُ ، وأخذ من البائعِ ؛ لتجددِ السَّبَبِ ، فهو كالعودِ إليه بالبَيْعِ الصَّريحِ .
 واقتصرَ عليه الحارثيُّ . وإن فُسِّخَ البَيْعُ بعيبٍ قديمٍ ، ثم عِلِمَ الشَّفيعُ وطالبَ مُقَدِّماً
 على العيبِ ، فقال المُصَنِّفُ هنا : له الشُّفْعَةُ . وكذا قال الأصحابُ ؛ القاضى ،
 وأبو الخطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ فى آخرين . وجزم به فى « الهدايةِ » ، و « المذهبِ » ،
 و « الخلاصةِ » ، و « المغنى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النُّظْمِ » ، و « الوجيزِ » ،
 وغيرهم . وقدمه فى « المُستَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِصِ » ، و « الفروعِ » ،
 وغيرهم . وعنه ، ليس له الأخذُ ، إذا فُسِّخَ بعيبٍ . ذكره فى « المُستَوْعِبِ » ،
 و « التَّلْخِصِ » ؛ أخذاً من نصِّه فى روايةِ ابنِ الحَكَمِ فى المُقايَلةِ . وأكثرهم
 حكاها قولاً ، ومالَ إليه الحارثيُّ .

حَقُّ الْبَائِعِ ، وَحَقُّه أَسْبَقُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَنَدَ إِلَى وُجُودِ الْعَيْبِ ، وَهُوَ مَوْجُودٌ
حَالُ الْبَيْعِ ، وَالشُّفْعَةُ ثُبُوتُ الْبَيْعِ ، فَكَانَ حَقُّ الْبَائِعِ سَابِقًا ، وَفِي الشُّفْعَةِ
إِبْطَالُهُ ، فَلَمْ تَثْبُتْ ، وَيُفَارِقُ مَا إِذَا كَانَ الشَّقْصُ مَعِيًّا ، فَإِنَّ حَقَّ الْمُشْتَرِي
إِنَّمَا هُوَ فِي اسْتِرْجَاعِ الثَّمَنِ ، وَقَدْ تَحَصَّلَ لَهُ مِنَ الشَّفِيعِ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي
الرَّدِّ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا حَقُّ الْبَائِعِ فِي اسْتِرْجَاعِ الشَّقْصِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ
مَعَ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ ، فَافْتَرَقَا . فَإِنْ لَمْ يَرُدِّ الْبَائِعُ الْعَبْدَ الْمَعِيْبَ حَتَّى أَخَذَ
الشَّفِيعُ ، كَانَ لَهُ رَدُّ الْعَبْدِ ، وَلَمْ يَمْلِكِ اسْتِرْجَاعَ الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ
مَلَكَهُ بِالْأَخْذِ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْبَائِعُ إِبْطَالَ مَلِكِهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي
لْأَجْنَبِيِّ ، فَإِنَّ الشُّفْعَةَ بَيْعٌ فِي الْحَقِيقَةِ ، وَلَكِنْ يَرْجِعُ بِقِيَمَةِ الشَّقْصِ ؛ لِأَنَّهُ
بِمَنْزِلَةِ التَّالِفِ ، وَالْمُشْتَرِي قَدْ أَخَذَ مِنَ الشَّفِيعِ قِيَمَةَ الْعَبْدِ ، فَهَلْ
يَتَرَجَّعَانِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَتَرَجَّعَانِ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ أَخَذَ بِالثَّمَنِ

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، لَوْ بَاعَ شَقْصًا بَعْدَ ، ثُمَّ وَجَدَ الْعَبْدَ مَعِيًّا ، فَقَالَ فِي « الْمَعْنَى » ،
و « الْمُجَرَّدِ » ، وَ « الْفُصُولِ » ، وَغَيْرِهِمْ : لَهُ رَدُّ الْعَبْدِ وَاسْتِرْجَاعُ الشَّقْصِ ،
وَلَا شَيْءَ لِلشَّفِيعِ . وَاخْتَارَ الْحَارِثِيُّ ثُبُوتَ الشُّفْعَةِ لَهُ . انْتَهَى . قَالَ الْأَصْحَابُ :
وَإِنْ أَخَذَ الشَّفِيعُ الشَّقْصَ ، ثُمَّ وَجَدَ الْبَائِعَ الْعَيْبَ ، لَمْ يَمْلِكِ اسْتِرْدَادَ الشَّقْصِ ؛
لِأَنَّهُ يُلْزَمُ عَنْهُ بُطْلَانُ عَقْدٍ آخَرَ . قُلْتُ : فَيُعَانِي بِهَا . وَلَكِنْ يَرْجِعُ بِقِيَمَةِ الشَّقْصِ ،
وَالْمُشْتَرِي قَدْ أَخَذَ مِنَ الشَّفِيعِ قِيَمَةَ الْعَبْدِ ؛ فَإِنْ سَاوَتْ قِيَمَةَ الْعَبْدِ فَذَلِكَ ، وَإِنْ
زَادَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى ، فَفِي رُجُوعِ بَاذِلِ الزِّيَادَةِ ؛ مِنَ الْمُشْتَرِي ،
وَالشَّفِيعِ ؛ عَلَى صَاحِبِهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ؛
أَحَدُهُمَا ، يَرْجِعُ بِالزِّيَادَةِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ

الذى وَقَعَ عليه الْعَقْدُ ، وهو قِيَمَةُ الْعَبْدِ صَحِيحًا لَا عَيْبَ فِيهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ
 الْبَائِعَ إِذَا عَلِمَ بِالْعَيْبِ مَلَكَ رَدُّهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِقِيَمَتِهِ مَعِيًا ؛ لِأَنَّهُ
 إِنَّمَا أُعْطِيَ عَبْدًا مَعِيًا ، فَلَا يَأْخُذُ قِيَمَةً غَيْرَ مَا أُعْطِيَ . وَالثَّانِي ، يَتَرَجَعَانِ ؛
 لِأَنَّ الشَّفِيعَ إِنَّمَا يَأْخُذُ بِالثَّمَنِ الَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، وَالَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ
 الْعَقْدُ قِيَمَةُ الشَّقْصِ . فَإِذَا قُلْنَا : يَتَرَجَعَانِ . فَأَيُّهُمَا كَانَ مَا دَفَعَهُ أَكْثَرَ ،
 رَجَعَ بِالْفَضْلِ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَرُدَّ الْبَائِعُ الْعَبْدَ ، وَلَكِنْ أَخَذَ أَرْضَهُ ،
 لَمْ يَرْجِعِ الْمُشْتَرِي عَلَى الشَّفِيعِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا دَفَعَ إِلَيْهِ قِيَمَةَ الْعَبْدِ غَيْرِ
 مَعِيٍّ . وَإِنْ أَدَّى قِيَمَتَهُ مَعِيًا ، رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ بِمَا أَدَّى مِنْ أَرْضِهِ .
 وَإِنْ عَفَا عَنْهُ وَلَمْ يَأْخُذْ أَرْضًا ، لَمْ يَرْجِعِ الشَّفِيعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ
 لَا زِمَ مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرِي ، لَا يَمْلِكُ فَسْخَهُ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ حَطَّ عَنْهُ بَعْضُ
 الثَّمَنِ بَعْدَ لُزُومِ الْعَقْدِ . وَإِنْ عَادَ الشَّقْصُ إِلَى الْمُشْتَرِي بَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ
 إِرْثٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرِي
 زَالَ عَنْهُ ، وَانْقَطَعَ حَقُّهُ مِنْهُ ، وَانْتَقَلَ حَقُّهُ إِلَى الْقِيَمَةِ ، فَإِذَا أَخَذَهَا لَمْ يَنْقُ
 لَهُ حَقٌّ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ غَضَبَ شَيْئًا لَمْ يَقْدِرْ عَلَى رَدِّهِ فَأَدَّى قِيَمَتَهُ ثُمَّ قَدَّرَ
 عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ [١٣٢/٥] الْمَغْضُوبِ مِنْهُ لَمْ يَزُلْ عَنْهُ .

عَقِيلٍ ، وَالْمَجْدُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » . وَصَحَّحَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَالْوَجْهُ
 الثَّانِي ، لَا يَرْجِعُ . وَإِنْ عَادَ الشَّقْصُ إِلَى الْمُشْتَرِي بَعْدَ دَفْعِ قِيَمَتِهِ بَيْعٍ ، أَوْ إِرْثٍ ،
 أَوْ هِبَةٍ أَوْ غَيْرِهَا ، فَفِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَ« الْفُصُولِ » ، لَا يَلْزَمُهُ الرَّدُّ عَلَى الْبَائِعِ ،
 وَلَا لِلْبَائِعِ اسْتِرْدَادُهُ . قَالَ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » : لَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ

الشرح الكبير

فصل : ولو كان ثَمَنُ الشَّقْصِ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ، فَتَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ ، بَطَلَ الْبَيْعُ ، وَبَطَلَتِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ ، فَتَعَذَّرَ إِمْضَاءُ الْعَقْدِ ، فَلَمْ تَثْبُتِ الشُّفْعَةُ ، كَمَا لَوْ فَسَخَ الْبَيْعُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، بِخِلَافِ الْإِقَالَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَإِنْ كَانَ الشَّفِيعُ قَدْ أَخَذَ الشَّقْصَ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ أَخَذَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ الشَّقْصَ التَّصَرُّفَ فِيهِ قَبْلَ تَقْيِيزِ ثَمَنِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ اشْتَرَاهُ مِنْهُ أَجْنَبِيٌّ .

بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ . انْتَهَى . وَإِنْ أَخَذَ الْبَائِعُ الْأَرْضَ ، وَلَمْ يَرُدَّ ؛ فَإِنْ كَانَ الشَّفِيعُ أَخَذَ بِقِيَمَتِهِ صَحِيحًا ، فَلَا رُجُوعَ لِلْمُشْتَرِي عَلَيْهِ^(١) ، وَإِنْ أَخَذَ بِقِيَمَتِهِ مَغْيِبًا ، فَلِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ بِمَا أَدَّى مِنَ الْأَرْضِ . ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ . وَلَوْ عَفَا الْبَائِعُ مَجَانًا بِالْقِيَمَةِ صَحِيحًا ، فَفِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، لَا يَرْجِعُ الشَّفِيعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِشَيْءٍ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ .^(٢) وَقِيلَ : يَرْجِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْأَرْضِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ »^(٣) . وَمِنْهَا ، لَوْ اشْتَرَى شَقْصًا بَعْدَ أَوْ بَثْمَنٍ مُعَيَّنٍ ، وَظَهَرَ مُسْتَحَقًّا ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَلَا شُفْعَةٌ ، وَعَلَى الشَّفِيعِ رَدُّ الشَّقْصِ ، إِنْ أَخَذَهُ ، وَإِنْ ظَهَرَ الْبَعْضُ مُسْتَحَقًّا ، بَطَلَ الْبَيْعُ فِيهِ ، وَفِي الْبَاقِي رَوَايَتَا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَمِنْهَا ، لَوْ كَانَ الشَّرَاءُ بِثَمَنٍ فِي الذِّمَّةِ وَنَقَدَهُ ، فَخَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، لَمْ يَبْطُلِ الْبَيْعُ ، وَالشُّفْعَةُ بِحَالِهَا ، وَيَرُدُّ الثَّمَنُ إِلَى مَالِكِهِ ، وَعَلَى الْمُشْتَرِي ثَمَنُ [٢١٢/٢] صَحِيحٌ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ ؛ لِإِعْسَارٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَفِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، لِلْبَائِعِ فَسْخُ الْبَيْعِ ، وَيُقَدَّمُ حَقُّ الشَّفِيعِ . وَمِنْهَا ، لَوْ كَانَ الثَّمَنُ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ، فَتَلَفَ

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٣) سقط من : الأصل .

فصل : فَإِنْ اشْتَرَى شَقْصًا بَعْدَ أَوْ ثَمَنٍ مُعَيَّنٍ ، فخرَجَ مُسْتَحَقًا ، فالْبَيْعُ باطلٌ ، ولا شُفْعَةٌ فيه ؛ لأنها إِنَّمَا تَثْبُتُ فِي عَقْدٍ يَنْقُلُ الْمِلْكَ إِلَى الْمُشْتَرَى ، وهو الْعَقْدُ الصَّحِيحُ ، فأَمَّا الْباطِلُ فوُجُودُهُ كَعَدَمِهِ . فَإِنْ كَانَ الشَّفِيعُ قَدْ أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ ، لَزِمَهُ رَدُّ مَا أَخَذَ عَلَى الْبَائِعِ ، ولا يَثْبُتُ ذَلِكَ إِلَّا بَيِّنَةً أَوْ إِقْرَارٍ مِنَ الشَّفِيعِ وَالمُتَبَايَعِينَ . وَإِنْ أَقَرَّ الْمُتَبَايَعَانِ وَأَنْكَرَ الشَّفِيعُ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُمَا عَلَيْهِ ، وله الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ، وَيُرَدُّ الْعَبْدُ إِلَى صَاحِبِهِ ، وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرَى بِقِيَمَةِ الشَّقْصِ . وَإِنْ أَقَرَّ الشَّفِيعُ أَوْ الْمُشْتَرَى دُونَ الْبَائِعِ ، لم تَثْبُتِ الشُّفْعَةُ ، وَيَجِبُ عَلَى الْمُشْتَرَى رَدُّ قِيَمَةِ الْعَبْدِ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَيَبْقَى الشَّقْصُ مَعَهُ ، يَزْعُمُ أَنَّهُ لِلْبَائِعِ ، وَالْبَائِعُ يُنْكِرُهُ ، وَيَدَّعِي عَلَيْهِ وَجُوبَ رَدِّ الْعَبْدِ ، وَالْمُشْتَرَى يُنْكِرُهُ ، فَيَشْتَرِي الشَّقْصَ مِنْهُ ، وَيَتَبَارَعَانِ . وَإِنْ أَقَرَّ الشَّفِيعُ وَالْبَائِعُ وَأَنْكَرَ الْمُشْتَرَى ، وَجَبَ عَلَى الْبَائِعِ رَدُّ الْعَبْدِ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَلَمْ تَثْبُتِ الشُّفْعَةُ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الْبَائِعُ مُطَالَبَةَ

قَبْلَ قَبْضِهِ ، بطلَ الْبَيْعُ ، وَانْتَفَتِ الشُّفْعَةُ ، فَإِنْ كَانَ الشَّفِيعُ أَخَذَ الشُّفْعَةَ ، لم يَكُنْ لِأَحَدٍ اسْتِرْدَادُهُ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَمِنْهَا ، لو ارْتَدَّ الْمُشْتَرَى ، وَقُتِلَ أَوْ مَاتَ ، فَلِلشَّفِيعِ الْأَخْذُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ . قَالَ الشَّارِحُ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ .

قوله : أَوْ تَحَالَفَا . يَعْنِي ، إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايَعَانِ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ ، وَلَا بَيِّنَةَ ، وَتَحَالَفَا ، وَتَفَاسَخَا ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ أَخْذِ الشَّفِيعِ أَوْ بَعْدَهُ ؛ فَإِنْ كَانَ قَبْلَ أَخْذِ الشَّفِيعِ ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْمُصَنِّفِ ، فَلِلشَّفِيعِ الْأَخْذُ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَقَطَعُوا بِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَيَخْرُجُ انْتِفَاءُ الشُّفْعَةِ مِنْ مِثْلِهِ فِي الْإِقَالَةِ ، وَالرَّدُّ بِالْعَيْبِ عَلَى الرِّوَايَةِ الْمَحْكِيَّةِ ، وَأَوَّلَى . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، يَأْخُذُهُ بِمَا

وَأِنْ أَجَرَهُ ، أَخَذَهُ الشَّفِيعُ ، وَلَهُ الْأَجْرَةُ مِنْ يَوْمِ أَخْذِهِ ،
المقنع

المُشْتَرَى بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ صَحِيحٌ فِي الظَّاهِرِ ، وَقَدْ أَدَّى ثَمَنَهُ الَّذِي هُوَ
مِلْكُهُ فِي الظَّاهِرِ . وَإِنْ أَقَرَّ الشَّفِيعُ وَحْدَهُ ، لَمْ تَثْبُتِ الشَّفَعَةُ ، وَلَا يَثْبُتُ
شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ الْبُطْلَانِ فِي حَقِّ الْمُتَبَايِعِينَ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَى الشَّقْصَ بِثَمَنِ
فِي الذَّمَّةِ ثُمَّ نَقَدَ الثَّمَنَ ، فَبَانَ مُسْتَحَقًّا ، كَانَتِ الشَّفَعَةُ وَاجِبَةً ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ
صَحِيحٌ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ قَبْضُ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرَى لِإِعْسَارٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلِلْبَائِعِ
فَسْخُ الْبَيْعِ ، وَيُقَدَّمُ حَقُّ الشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّ بِالْأَخْذِ بِهَا يَحْصُلُ لِلْمُشْتَرَى مَا
يُؤَدِّيهِ ثَمَنًا ، فَتَزُولُ عُسْرَتُهُ ، وَيَحْصُلُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقَّيْنِ ، فَكَانَ أَوْلَى .

فصل : وَإِذَا وَجَبَتِ الشَّفَعَةُ ، وَقَضَى الْقَاضِي [١٣٢/٥ ظ] بِهَا ،
وَالشَّقْصُ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، وَدَفَعَ الثَّمَنَ إِلَى الْمُشْتَرَى ، فَقَالَ الْبَائِعُ لِلشَّفِيعِ :
أَقْلِنِي . فَأَقَالَهُ ، لَمْ تَصِحَّ الْإِقَالَةُ ؛ لِأَنَّهَا تَصِحُّ بَيْنَ الْمُتَبَايِعِينَ ، وَلَيْسَ بَيْنَ
الشَّفِيعِ وَالْبَائِعِ بَيْعٌ ، وَإِنَّمَا هُوَ مُشْتَرٍ مِنَ الْمُشْتَرَى ، فَإِنْ بَاعَهُ إِيَّاهُ ،
صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْعَقَارَ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ .

٢٤١٣ - مسألة : (وَإِنْ أَجَرَهُ) الْمُشْتَرَى (أَخَذَهُ الشَّفِيعُ ، وَلَهُ
الْأَجْرَةُ مِنْ يَوْمِ أَخْذِهِ) لِأَنَّهُ صَارَ مِلْكُهُ بِأَخْذِهِ .

حَلَفَ عَلَيْهِ الْبَائِعُ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ بِالْبَيْعِ بِالثَّمَنِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ ، وَمُقَرَّرٌ لَهُ بِالشَّفَعَةِ ،
وَأِنْ وَجَدَ التَّفَاسُخَ بَعْدَ أَخْذِ الشَّفِيعِ ، أَقَرَّ بِيَدِ الشَّفِيعِ ، وَكَانَ عَلَيْهِ لِلْبَائِعِ مَا حَلَفَ
عَلَيْهِ .

تنبيه : ظَاهِرُ قَوْلِهِ : (وَإِنْ أَجَرَهُ ، أَخَذَهُ الشَّفِيعُ ، وَلَهُ الْأَجْرَةُ مِنْ يَوْمِ أَخْذِهِ .

وَإِنْ اسْتَعْلَهُ ، فَالْعَلَّةُ لَهُ ، وَإِنْ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ وَفِيهِ زَرْعٌ [١٤٤ ط]

٢٤١٤ - مسألة : (وَإِنْ اسْتَعْلَهُ) الْمُشْتَرَى (فَالْعَلَّةُ لَهُ) لَأَنَّهَا نَمَاءٌ مِلْكُهُ .

٢٤١٥ - مسألة : (وَإِنْ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ وَفِيهِ زَرْعٌ أَوْ ثَمَرَةٌ ظَاهِرَةٌ ،

أَنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَنْفَسِخُ ، وَيَسْتَحِقُّ الشَّفِيعُ الْأَجْرَةَ مِنْ يَوْمِ أَخْذِهِ بِالشَّفْعَةِ . وَهُوَ أَحَدُ الْوُجُوهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ « التَّظْمِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَفِيهِ إِشْكَالٌ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، تَنْفَسِخُ مِنْ حِينَ أَخْذِهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْمُتَوَرِّ » ، وَ « تَذَكُّرَةِ ابْنِ عَبْدِوسٍ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَفِي الْإِجَارَةِ ، فِي « الْكَافِي » ، الْخِلَافُ فِي هِبَةٍ . انْتَهَى . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَالْوَجْهُ الثَّلَاثُ ، لِلشَّفِيعِ الْخِيَارُ بَيْنَ فُسْخِ الْإِجَارَةِ وَتَرْكِهَا . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّادِسَةِ وَالثَّلَاثِينَ » : وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » ، فِي مَسْأَلَةِ إِعَارَةِ الْعَارِيَّةِ . قَالَ : وَهُوَ أَظْهَرُ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَيَتَخَرَّجُ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي نَقُولُ : تَتَوَقَّفُ صِحَّةُ الْإِجَارَةِ عَلَى إِجَارَةِ الْبَطْنِ الثَّانِي فِي الْوَقْفِ . إِجَارَةُ الشَّفِيعِ هُنَا ؛ إِنَّ أَجَارَ ، صَحَّ^(١) ، وَإِلَّا بَطَلَ فِي حَقِّهِ بِالْأَوَّلَى . قَالَ : وَهَذَا أَقْوَى . انْتَهَى . وَأُطْلِقَ الْأَوْجُهَ الثَّلَاثَةَ فِي « الْقَوَاعِدِ » ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْوَجْهَ الثَّلَاثُ فِي « الْفُرُوعِ » .

قوله : وَإِنْ اسْتَعْلَهُ ، فَالْعَلَّةُ لَهُ - بَلَا نِزَاعَ - وَإِنْ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ وَفِيهِ زَرْعٌ ، أَوْ ثَمَرَةٌ ظَاهِرَةٌ ، فَهِيَ لِلْمُشْتَرَى ، مُبْقَاةً إِلَى الْحَصَادِ وَالْجَدَادِ . يَعْنِي ، بَلَا أَجْرَةَ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ الْمَجْدُ فِي « شَرْحِ الْهِدَايَةِ » : هَذَا أَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِنَا .

(١) سقط من : الأصل .

أَوْ ثَمَرَ ظَاهِرٌ ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرَى مُبْقَى إِلَى الْحَصَادِ وَالْجِذَاذِ . المنع

الشرح الكبير

فهي لِلْمُشْتَرَى مُبْقَاةٌ إِلَى الْحَصَادِ وَالْجِذَاذِ (إِذَا زَرَعَ الْمُشْتَرَى الْأَرْضَ ،
فَلِلشَّفِيعِ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ، وَيَبْقَى زَرْعُ الْمُشْتَرَى إِلَى الْحَصَادِ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ
لَا يَبْقَى ، وَلَا أُجْرَةٌ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ زَرَعَهُ فِي مِلْكِهِ ، وَلِأَنَّ الشَّفِيعَ اشْتَرَى
الْأَرْضَ وَفِيهَا زَرْعٌ لِلْبَائِعِ ، فَكَانَ لَهُ مُبْقَى إِلَى الْحَصَادِ بِلا أُجْرَةٍ ، كغَيْرِ
الْمَشْفُوعِ . وَإِنْ كَانَ فِي الشَّجَرِ ثَمَرٌ ظَاهِرٌ أَثْمَرَ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرَى ، فَهُوَ
لَهُ مُبْقَى إِلَى الْجِذَاذِ ، كَالزَّرْعِ .

وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » ،
وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ،
وغيرهم . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » . وَقِيلَ : تَجِبُ فِي
الزَّرْعِ الْأُجْرَةُ ، مِنْ حِينَ أَخَذَ الشَّفِيعُ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » .
قَالَ ابْنُ رَجَبٍ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَهُوَ أَظْهَرُ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَهَذَا الْوَجْهُ
ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْإِنْصَارِ » . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَيَتَوَجَّهُ مِنْهُ تَخْرِيجُ
فِي الثَّمَرَةِ . قُلْتُ : وَهُوَ ظَاهِرٌ بَحْثِ ابْنِ مُنَجَّى فِي « شَرْحِهِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ ،
لَمَّا عَلَّلَ بِكَلَامِهِ فِي « الْمُعْنَى » : وَهَذَا بِالنُّسْبَةِ إِلَى وُجُوبِ الْأُجْرَةِ لِلشَّفِيعِ فِي
الْمُوجِرِ مُشْكِلٌ جِدًّا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُخْرَجَ وُجُوبُ الْأُجْرَةِ هُنَا مِنْ وُجُوبِهَا هُنَاكَ .
تَنْبِيهِ : مَفْهُومُ قَوْلِهِ : أَوْ ثَمَرَةٌ ظَاهِرَةٌ . أَنَّ مَا لَمْ يَظْهَرْ يَكُونُ مِلْكًا لِلشَّفِيعِ ؛
وَذَلِكَ كَالشَّجَرِ إِذَا كَبِرَ ، وَالطَّلْعِ إِذَا لَمْ يُؤَبَّرْ ، وَنَحْوَهُمَا . وَهُوَ كَذَلِكَ . قَالَه
الْأَصْحَابُ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ،

فصل: وإذا نما المبيع في يد المشتري ، لم يخل من حالين ؛ أحدهما ، أن يكون نماءً متصلاً ، كالشجر إذا كبر ، أو ثمرة غير ظاهرة ، فإن الشفيع يأخذه بزيادته ؛ لأنها زيادة غير متميزة ، فتبعت الأصل ، كما لو رد بعيب أو خيار أو إقالة . فإن قيل : فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول ؟ قلنا : لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاتته الرجوع في العين ، وفي مسألتنا إذا لم يرجع في الشقص سقط حقه من الشفعة ، فلم يسقط حقه من الأصل لأجل ما حدث من البائع ، وإذا أخذ الأصل تبعه نماءه المتصل ، كما ذكرنا في الفسوخ كلها . الحال الثاني ، أن تكون الزيادة منفصلة ، كالغلة ، والأجرة ، والطلع المؤبر ، والثمرة الظاهرة ، فهي للمشتري ؛ لأنها حدثت في ملكه ، وتكون مبقاة في رؤوس النخل إلى الجذاذ ؛ لأن أخذ الشفيع من المشتري شراءً ثانٍ ، فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاه . وإن اشتراه وفيه طلع غير مؤبر ، فأبره ثم أخذه الشفيع ، أخذ الأصل دون الثمرة ، ويأخذ الأرض والنخيل بحصتهما [١٣٣/٥ و] من الثمن ، كما لو كان المبيع شقصاً وسيفاً^(١) .

والمصنف في « الكافي » ، و « المعنى » ، و « الشارح » ، وغيرهم .
فائدة: لو تأبر الطلع المشمول بالبيع في يد المشتري ، كانت الثمرة له ، على الصحيح من المذهب . قطع به في « المعنى » ، و « الشرح » ، وغيرهما .
 وقدمه الحارثي . وفيه وجه آخر^(٢) ، هي للشفيع .

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل ، ١ .

وَأِنْ قَاسَمَ الْمُشْتَرِي وَكِيلَ الشَّفِيعِ ، أَوْ قَاسَمَ الشَّفِيعَ ؛ لِكَوْنِهِ الْمُقْتَعِ
أَظْهَرَ لَهُ زِيَادَةً فِي الثَّمَنِ أَوْ نَحْوِهِ ، وَغَرَسَ أَوْ بَنَى ، فَلِلشَّفِيعِ
أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ قِيَمَةَ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ وَيَمْلِكُهُ ، أَوْ يَقْلَعَهُ وَيَضْمَنَ
النَّقْصَ . فَإِنْ اخْتَارَ أَخْذَهُ وَأَرَادَ الْمُشْتَرِي قَلْعَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ إِذَا
لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ .

٢٤١٦ - مسألة : (وَإِنْ قَاسَمَ الْمُشْتَرِي وَكِيلَ الشَّفِيعِ ، أَوْ قَاسَمَ
الشَّفِيعَ ؛ لِكَوْنِهِ أَظْهَرَ لَهُ زِيَادَةً فِي الثَّمَنِ أَوْ نَحْوِهِ ، وَغَرَسَ أَوْ بَنَى ،
فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ قِيَمَةَ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ وَيَمْلِكُهُ ، أَوْ يَقْلَعَهُ وَيَضْمَنَ
النَّقْصَ . فَإِنْ اخْتَارَ) الشَّفِيعُ (أَخْذَهُ وَاخْتَارَ الْمُشْتَرِي قَلْعَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ ،
إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ) بِالْقَلْعِ . وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ يُتَصَوَّرُ بِنَاءُ الْمُشْتَرِي
وَعَرْسُهُ فِي الشَّقْصِ الْمَشْفُوعِ عَلَى وَجْهِ مُبَاحٍ فِي مَسَائِلَ ؛ مِنْهَا ، أَنْ يُظْهِرَ
الْمُشْتَرِي أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِهِ ، أَوْ أَنَّهُ وَهَبَ لَهُ ، أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ مِمَّا

قَوْلُهُ : وَإِنْ قَاسَمَ الْمُشْتَرِي وَكِيلَ الشَّفِيعِ ، أَوْ قَاسَمَ الشَّفِيعَ ؛ لِكَوْنِهِ أَظْهَرَ لَهُ
زِيَادَةً فِي الثَّمَنِ ، أَوْ نَحْوِهِ ، وَغَرَسَ ، أَوْ بَنَى ، فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ قِيَمَةَ الْغِرَاسِ
وَالْبِنَاءِ ، وَيَمْلِكُهُ ، أَوْ يَقْلَعَهُ ، وَيَضْمَنَ النَّقْصَ . إِذَا أَبَى الْمُشْتَرِي أَخْذَ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ ،
كَانَ لِلشَّفِيعِ أَخْذُ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ ، وَلَهُ الْقَلْعُ ، وَضَمَانُ النَّقْصِ ،
عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقَدَّمَهُ
فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي « الْإِنْتِصَارِ » : أَوْ أَقَرَّهُ بِأَجْرَةٍ ، فَإِنْ أَبَى فَلَا شُفْعَةَ .
قَالَ الْحَارِثِيُّ : إِذَا لَمْ يَقْلَعْ الْمُشْتَرِي ، فَفِي الْكِتَابِ تَخْيِيرُ الشَّفِيعِ بَيْنَ أَخْذِ الْغِرَاسِ
وَالْبِنَاءِ بِالْقِيَمَةِ ، وَبَيْنَ قَلْعِهِ وَضَمَانِ نَقْصِهِ . وَهَذَا مَا قَالَهُ الْقَاضِي وَجُنْهُورُ أَصْحَابِهِ ،

يَمْنَعُ الشَّفِيعَ مِنَ الْأَخْذِ بِهَا ، فَيَتْرُكُهَا وَيُقَاسِمُهُ ، ثُمَّ يَبْنِي الْمُشْتَرِي وَيَغْرِسَ فِيهِ . وَمِنْهَا ، أَنْ يَكُونَ غَائِبًا فَيُقَاسِمُهُ وَكِيلُهُ ، أَوْ صَغِيرًا فَيُقَاسِمُهُ وَلِيُّهُ ، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، ثُمَّ يَقْدَمُ الْغَائِبُ ، أَوْ يَبْلُغُ الصَّبِيُّ ، فَيَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ غَائِبًا أَوْ صَغِيرًا ، فَطَالَبَ الْمُشْتَرِي الْحَاكِمَ بِالْقِسْمَةِ ، فَقَاسَمَ ، ثُمَّ قَدِمَ الْغَائِبُ ، وَبَلَغَ الصَّبِيُّ ، فَأَخَذَ بِالشُّفْعَةِ بَعْدَ غَرْسِ الْمُشْتَرِي وَبَنَائِهِ ، فَإِنَّ لِلْمُشْتَرِي قَلْعَ غَرْسِهِ وَبَنَائِهِ ، إِنْ اخْتَارَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ ، فَإِذَا قَلَعَهُ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ تَسْوِيَةُ الْحَفْرِ وَلَا نَقْصُ الْأَرْضِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ غَرَسَ وَبَنَى فِي مِلْكِهِ ، وَمَا حَدَّثَ مِنَ النِّقْصِ إِنَّمَا حَدَّثَ فِي مِلْكِهِ ، وَذَلِكَ مِمَّا لَا يُقَابِلُهُ ثَمَنٌ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّ عَلَيْهِ ضَمَانَ النِّقْصِ الْحَاصِلِ بِالْقَلْعِ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَطَ فِي قَلْعِ الْغَرْسِ وَالْبِنَاءِ عَدَمَ الضَّرَرِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ نَقَصَ دَخَلَ عَلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ لِأَجْلِ تَخْلِيصِ مِلْكِهِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُ ، كَمَا لَوْ كَسَرَ مِخْبَرَةً غَيْرَهُ لِإِخْرَاجِ دِينَارِهِ مِنْهَا . قَوْلُهُمْ : إِنْ النِّقْصَ

الشرح الكبير

قال : وَلَا أَعْرِفُهُ نَقْلًا عَنْ أَحَدٍ ، وَإِنَّمَا الْمَنْقُولُ عَنْهُ رِوَايَاتُ التَّخْيِيرِ مِنْ غَيْرِ أَرْضٍ ، وَالْأُخْرَى ، وَهِيَ الْمَشْهُورَةُ عَنْهُ ، إِجْبَابُ الْقِيَمَةِ مِنْ غَيْرِ تَخْيِيرٍ . وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ الْخَرَقِيُّ وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَابْنُ [٢١٢/٢ ط] عَقِيلٍ فِي « التَّذَكُّرَةِ » ، وَأَبُو الْفَرَجِ الشَّيْرَازِيُّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . زَادَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَلَا يُؤْمَرُ الْمُشْتَرِي بِقَلْعِ بَنَائِهِ . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَنَقَلَ الْجَمَاعَةُ ، لَهُ قِيَمَةُ الْبِنَاءِ ، وَلَا يَقْلَعُهُ . وَنَقَلَ سِنْدِيُّ ، أَلَهُ قِيَمَةُ الْبِنَاءِ ، أَمْ قِيَمَةُ النِّقْصِ ؟ قَالَ : لَا ، قِيَمَةُ الْبِنَاءِ .

الإينصاف

فائدة : إِذَا أَخَذَهُ بِالْقِيَمَةِ ، قَالَ الْحَارِثِيُّ : يُعْتَبَرُ بِذَلِكَ الْبِنَاءُ أَوْ الْغَرْسُ بِمَا يُسَاوِيهِ حِينَ التَّقْوِيمِ ، لَا بِمَا أَنْفَقَ الْمُشْتَرِي ؛ زَادَ عَلَى الْقِيَمَةِ أَوْ نَقْصَ . ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا .

حَصَلَ فِي مِلْكِهِ . لَيْسَ كَذَلِكَ ؛ فَإِنَّ النَّقْصَ الْحَاصِلَ بِالْقَلْعِ إِنَّمَا حَصَلَ فِي مِلْكِ الشَّفِيعِ . فَأَمَّا نَقْصُ الْأَرْضِ الْحَاصِلُ بِالْعَرَسِ وَالْبِنَاءِ ، فَلَا يَضْمَنُهُ ؛ لِمَا ذَكَرُوهُ . فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ الْمُشْتَرِي الْقَلْعَ ، فَلِلشَّفِيعِ الْخِيَارُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ تَرْكِ الشُّفْعَةِ ، وَبَيْنَ دَفْعِ قِيَمَةِ الْغَرَسِ وَالْبِنَاءِ ، فَيَمْلِكُهُ مَعَ الْأَرْضِ ، وَبَيْنَ قَلْعِ الْعَرَسِ وَالْبِنَاءِ ، وَيَضْمَنُ لَهُ مَا نَقَصَ بِالْقَلْعِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَمَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، وَابْنُ أَبِي سَوَّارٍ ، وَاسْحَاقُ . وَقَالَ حَمَّادُ بْنُ أَبِي سُلَيْمَانَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُكَلِّفُ الْمُشْتَرِي الْقَلْعَ ، [١٣٣/٥ ط] وَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ بَنَى فِيمَا اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ أَخْذُهُ ، فَأُشْبِهَ الْغَاصِبَ ، وَلِأَنَّهُ بَنَى فِي حَقِّ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَانَتْ مُسْتَحَقَّةً . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ » ^(١) . وَلَا يَزُولُ الضَّرَرُ عَنْهُمَا إِلَّا بِذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ بَنَى فِي مِلْكِهِ الَّذِي مَلَكَ بَيْعَهُ ، فَلَمْ يُكَلِّفْ قَلْعَهُ مَعَ الْإِضْرَارِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ مَشْفُوعًا . وَفَارَقَ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ بَنَى فِي غَيْرِ مِلْكِهِ ، وَلِأَنَّهُ

انتهى . وَقَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَتَبِعَهُ الشَّارِحُ : لَا يُمَكِّنُ إِجْبَابُ قِيَمَتِهِ بَاقِيًا ؛ لِأَنَّ الْبَقَاءَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ ، وَلَا قِيَمَتَهُ مَقْلُوعًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ ، لَمَلَكَ الْقَلْعُ مَجَانًا ؛ وَلِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَا قِيَمَةَ لَهُ إِذَا قُلِعَ . قَالَا : وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا كَيْفِيَّةَ وَجُوبِ الْقِيَمَةِ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْأَرْضَ تَقُومُ مَغْرُوسَةً وَمَبْنِيَّةً ، ثُمَّ تَقُومُ خَالِيَةً ، فَيَكُونُ مَا بَيْنَهُمَا قِيَمَةُ الْعَرَسِ وَالْبِنَاءِ . وَجَزَمَ بِهَذَا ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ :

(١) تقدم تخريجه في ٣٦٨/٦ .

عِرْقُ ظَالِمٍ ، وليس لعِرْقٍ ظالمٍ حَقٌّ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِيْجَابَ قِيَمَتِهِ مُسْتَحِقًّا لِلْبَقَاءِ فِي الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ ، وَلَا قِيَمَتَهُ مَقْلُوعًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ جَبَتْ قِيَمَتُهُ مَقْلُوعًا لَوَجَبَ قَلْعُهُ ، وَلَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا ، وَلِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ مِمَّا لَا قِيَمَةَ لَهُ إِذَا قَلْعُهُ . وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا كَيْفِيَّةَ وَجُوبِ الْقِيَمَةِ ، فَالظَاهِرُ أَنَّ الْأَرْضَ تُقَوِّمُ مَعْرُوسَةً مُبَيَّنَّةً ، ثُمَّ تُقَوِّمُ خَالِيَةً مِنْهَا ، فَيَكُونُ مَا بَيْنَهُمَا قِيَمَةُ الْعَرْسِ وَالْبِنَاءِ ، فَيُدْفَعُ الشَّفِيعُ إِلَى الْمُشْتَرِي إِنْ أَحَبَّ ، أَوْ مَا نَقَصَ مِنْهُ إِنْ اخْتَارَ الْقَلْعَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الَّذِي زَادَ بِالْعَرْسِ وَالْبِنَاءِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَوِّمَ الْعَرْسُ^(١) وَالْبِنَاءُ مُسْتَحِقًّا لِلتَّرْكِ بِالْأَجْرَةِ ، أَوْ لِأَخْذِهِ بِالْقِيَمَةِ إِذَا امْتَنَعَ مِنْ

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَوِّمَ الْعَرْسُ وَالْبِنَاءُ مُسْتَحِقًّا لِلتَّرْكِ بِالْأَجْرَةِ ، أَوْ لِأَخْذِهِ بِالْقِيَمَةِ ، إِذَا امْتَنَعَ مِنْ قَلْعِهِ . انْتَهَى .

قوله : فَإِنْ اخْتَارَ أَخْذَهُ ، فَأَرَادَ الْمُشْتَرِي - وَهُوَ صَاحِبُهُ - قَلْعَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ . هَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَجَزَمَ بِهِ الْخَرَقِيُّ ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « التَّذَكُّرَةِ » ، وَالْأَدِمِيُّ الْبَغْدَادِيُّ ، وَابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » ، وَصَاحِبُ « الْوَجِيزِ » . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ لَهُ الْقَلْعَ ؛ سِوَاءَ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ ، أَوْ لَا ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَلَمْ يَعْتَبِرِ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ الْبُضْرَ وَعَدَمَهُ . قَالَ الزُّرَّكَاشِيُّ : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَكْثَرِينَ ، بَلِ الَّذِي جَزَمُوا بِهِ ، لَهُ ذَلِكَ سِوَاءَ أَضَرَّ بِالْأَرْضِ ، أَوْ لَمْ يُضِرَّ . انْتَهَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « التَّلْخِيسِ » ، وَ « الْفَائِقِ » .

(١) سقط من : م .

قَلْعِهِ ، فَإِنْ كَانَ لِلْعَرَسِ وَقْتُ يُقْلَعُ فِيهِ فَيَكُونُ لَهُ قِيَمَةٌ ، وَإِنْ قُلِعَ قَبْلَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ قِيَمَةٌ ، أَوْ تَكُونُ قِيَمَتُهُ قَلِيلَةً ، فَاخْتَارَ الشَّفِيعُ قَلْعَهُ قَبْلَ وَقْتِهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنُ النِّقْصَ ، فَيَنْجِبُهُ ضَرَرُ الْمُشْتَرِي ، سَوَاءً كَثُرَ النِّقْصُ أَوْ قَلَّ ، وَيَعُودُ ضَرَرُ كَثْرَةِ النِّقْصِ عَلَى الشَّفِيعِ ، وَقَدْ رَضِيَ بِتَحْمُلِهِ . وَإِنْ غَرَسَ أَوْ بَنَى مَعَ الشَّفِيعِ أَوْ وَكَّيْلِهِ فِي الْمَشَاعِ ، ثُمَّ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ ، فَالْحُكْمُ فِي أَخْذِ نَصِيبِهِ مِنْ ذَلِكَ كَالْحُكْمِ فِي أَخْذِ جَمِيعِهِ بَعْدَ الْمُقَاسَمَةِ .

تنبيه : قال الحارثي : وهذا الخلاف الذي أوردته من أوردته من الأصحاب مطلقاً ليس بالجيد ، بل يتعين تنزيله ؛ إما على اختلاف حالين ، وإما على ما قبل الأخذ ، وإنما أوردته القاضي ، وابن عقيل في « الفصول » على هذه الحالة ، لا غير . وحيث قيل باعتبار عدم الضرر ، ففيما بعد الأخذ ، وهو ظاهر ما أوردته في « التذكرة » .

فائدتان ؛ إحداهما ، لو قلعه المشتري ، وهو صاحبه ، لم يضمن نقص الأرض . على الصحيح من المذهب ، اختاره القاضي وغيره . قال في « الفروع » : لا يضمن نقص الأرض في الأصح . وقدمه في « الشرح » ، و « الفائق » . وجزم به في « الكافي » ، وعلله بانتفاء عُدْوَانِهِ ، مع أنه جزم في باب العارية بخلافه . وقيل : يلزمه . وهو ظاهر كلام الخرقي ، ومال إليه الحارثي ، وقال : والكلام في تسوية الحفر ، كالكلام في ضمان أرض النقص . وأطلقهما في « القاعدة الثامنة والسبعين » . الثانية ، يجوز للمشتري التصرف في الشقص الذي اشتراه بالعرس والبناء في الجملة . وهو ظاهر كلام الأصحاب . قال في رواية سندي : ليس هذا بمنزلة الغاصب . وقال في رواية حنبل : لأنه عمر ، وهو يظن أنه ملكه ، وهو ليس كما إذا زرع بغير إذن أهله . قال الحارثي :

وَأَنَّ بَاعَ الشَّفِيعِ مِلْكَهُ قَبْلَ الْعِلْمِ لَمْ تَسْقُطْ شَفَعَتُهُ ، فِي أَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ ، وَلِلْمُشْتَرِي الشُّفْعَةُ فِيمَا بَاعَهُ الشَّفِيعُ ، فِي أَصَحِّ
الْوَجْهَيْنِ .

المقنع

٢٤١٧ - مسألة : (فَإِنْ بَاعَ الشَّفِيعُ مِلْكَهُ قَبْلَ الْعِلْمِ ، لَمْ تَسْقُطْ
شَفَعَتُهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَلِلْمُشْتَرِي الشُّفْعَةُ فِيمَا بَاعَهُ الشَّفِيعُ ، فِي أَصَحِّ
الْوَجْهَيْنِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الشَّفِيعَ إِذَا بَاعَ مِلْكَهُ عَالِمًا بِالْحَالِ ، سَقَطَتْ
شَفَعَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ مِلْكٌ يَسْتَحِقُّ بِهِ ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ

الشرح الكبير

إِنَّمَا هَذَا بَعْدَ الْقِسْمَةِ وَالتَّمْيِيزِ ؛ لِيَكُونَ التَّصَرُّفُ فِي خَالِصِ مِلْكِهِ ، أَمَّا قَبْلَ الْقِسْمَةِ ،
فَلَا يَمْلِكُ الْغَرَسَ وَالْبِنَاءَ ، وَلِلشَّفِيعِ إِذَا قَلَعَ الْغَرَسَ وَالْبِنَاءَ مَجَانًا ؛ لِلشَّرَكَةِ لَا
لِلشُّفْعَةِ ، فَإِنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا انفَرَدَ بِهَذَا التَّصَرُّفِ ، كَانَ لِلْآخَرِ الْقَلْعُ مَجَانًا .
قَالَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنْ رَجُلٍ غَرَسَ نَخْلًا فِي أَرْضٍ
بَيْنَهُ وَبَيْنَ قَوْمٍ مُشَاعًا ؟ قَالَ : إِنْ كَانَ بغيرِ إِذْنِهِمْ ، قُلِعَ نَخْلُهُ . انْتَهَى . قُلْتُ : وَهَذَا
لِأَنَّكَ فِيهِ .

الإنصاف

قوله : وَأَنَّ بَاعَ الشَّفِيعِ مِلْكَهُ قَبْلَ الْعِلْمِ ، لَمْ تَسْقُطْ شَفَعَتُهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .
وهو المذهب . اختاره أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكِيرَتِهِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ :
هَذَا أَظْهَرُ الْوَجْهَيْنِ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » . وَالثَّانِي ، تَسْقُطُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » . وَأَطْلَقَهُمَا
فِي « التَّلْخِيسِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » .
فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، لِلْبَائِعِ الثَّانِي ، وَهُوَ الشَّفِيعُ ، أَخَذَ الشَّقْصَ مِنَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ ،

الشرح الكبير

الحاصل بالشَّرْكَه عنه^(١) ، وقد زال ذلك ببيعه ، وإن [١٣٤/٥ و] باع بعضه ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، تسقط أيضا ؛ لأنها استُحِقَّتْ بِجَمِيعِهِ ، وإذا باع بعضه ، سقط ما تعلق بذلك من الشُّفْعَةِ ، فسقط باقيها ؛ لأنها لا تَبْعُضُ ، فيسقط جميعها بسقوط بعضها ، كالرق والنكاح ، وكما لو عفا عن بعضها . والثاني ، لا تسقط ؛ لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشُّفْعَةُ في جميع المبيع لو انفرد ، فكذلك إذا بقي . وللمُشْتَرِي الأول الشُّفْعَةُ على الثاني في المسألة الأولى ، وفي الثانية ، إذا قلنا بسقوط شُفْعَةِ البائع الأول ؛ لأنه شريك في المبيع . وإن قلنا : لا تسقط شُفْعَةُ البائع . فله أخذ الشُّفْعِ مِنَ الْمُشْتَرِي الأول . وهل للمُشْتَرِي الأول شُفْعَةُ على المُشْتَرِي الثاني ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، له الشُّفْعَةُ ؛ لأنه شريك ، فإن المِلْكُ ثابِتٌ له ، يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيه بجميع التصرفات ، ويستحق نماءه وفوائده ، واستحقاق الشُّفْعَةِ به من فوائده . والثاني ، لا شُفْعَةُ له ؛ لأن ملكه يؤخذ بها ، فلا تؤخذ الشُّفْعَةُ به ، ولأن ملكه متزلزل ضعيف ، فلا

الإنصاف

فإن عفا عنه ، فللمُشْتَرِي الأول أخذ الشُّفْعِ مِنَ الْمُشْتَرِي الثاني ، فإن أخذ منه فهل للمُشْتَرِي الأخذ من الثاني ؟ على الوجهين ، وهو قوله : وللمُشْتَرِي الشُّفْعَةُ فيما باعه الشُّفْعُ ، في أصح الوجهين . وهو المذهب . صححه المصنّف ، والشارح ، والناظم ، وصاحب « الفائق » . وجزم به في « الوجيز » . والوجه الثاني ، لا شُفْعَةُ له . وأطلقهما في « شرح الحارثي » . وعلى الوجه الثاني ، في المسألة الأولى ، لا خلاف في ثبوت الشُّفْعَةِ للمُشْتَرِي الأول على المُشْتَرِي الثاني

(١) سقط من : م .

يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ بِهِ لَصَغْفِهِ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَالْأَوَّلُ أَقْيَسُ ؛ فَإِنَّ اسْتِحْقَاقَ أَخْذِهِ مِنْهُ لَا يَمْنَعُ أَنْ يَسْتَحِقَّ بِهِ الشُّفْعَةَ ، كَالصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَالشَّقْصِ الْمَوْهُوبِ لِلْوَلَدِ^(٢) . فَعَلَى هَذَا ، لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ الشُّفْعَةُ عَلَى الْمُشْتَرِي الثَّانِي ، سَوَاءٌ أَخَذَ مِنْهُ الْمَبِيعُ بِالشُّفْعَةِ أَوْ لَمْ يُؤْخَذْ ، وَلِلْبَائِعِ الثَّانِي إِذَا بَاعَ بَعْضَ الشَّقْصِ الْأَخْذُ مِنَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . فَأَمَّا إِنْ بَاعَ الشَّفِيعُ مِلْكَهُ قَبْلَ عِلْمِهِ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : تَسْقُطُ شُفْعَتُهُ أَيْضًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَأنَّهُ زَالَ السَّبَبُ الَّذِي يَسْتَحِقُّ بِهِ الشُّفْعَةَ ، وَهُوَ الْمِلْكُ الَّذِي يَخَافُ الضَّرَرَ بِسَبَبِهِ ، فَصَارَ كَمَنْ اشْتَرَى مَعِينًا لَا يَعْلَمُ عَيْبَهُ حَتَّى زَالَ أَوْ حَتَّى بَاعَهُ . فَعَلَى هَذَا ، حُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ بَاعَ مَعَ^(٣) عِلْمِهِ ، سَوَاءٌ فِيمَا إِذَا بَاعَ جَمِيعَهُ أَوْ بَعْضَهُ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا تَسْقُطُ شُفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا ثَبَّتَتْ لَهُ ، وَلَمْ

[٢١٣/٢] فِي مَبِيعِ الشَّفِيعِ ؛ لَسَبْقِ شَرِكَتِهِ عَلَى الْمَبِيعِ ، وَاسْتِقْرَارِ مِلْكِهِ . تَبْيِيهِ : مَفْهُومُ كَلَامِهِ ، أَنَّ الشَّفِيعَ لَوْ بَاعَ مِلْكَهُ بَعْدَ عِلْمِهِ ، أَنَّ شُفْعَتَهُ تَسْقُطُ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، لِاخْتِلَافِ فِيهِ أَغْلَمُهُ . لَكِنْ لَوْ بَاعَ بَعْضَهُ عَالِمًا ، فَفِي سُقُوطِ الشُّفْعَةِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، تَسْقُطُ . وَالثَّانِي : لَا تَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ بَقِيَ مِنْ مِلْكِهِ مَا يَسْتَحِقُّ بِهِ الشُّفْعَةَ فِي جَمِيعِ الْمَبِيعِ لَوْ انفَرَدَ ، فَكَذَلِكَ إِذَا بَقِيَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَرَأَصَحُّ أَنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛

(١) فِي : الْمَغْنَى ٤٦٠/٧ .

(٢) فِي م : « لِلْوَلَدِ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ » .

يُوجَدُ مِنْهُ رَضًا بِتَرْكِهَا ، وَلَا مَا يَدُلُّ عَلَى إِسْقَاطِهَا ، وَالْأَصْلُ بَقَاؤُهَا ؛
بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ ، فَإِنَّ بَيِّنَةً دَلِيلٌ عَلَى رِضَاهُ بِتَرْكِهَا . فَعَلَى هَذَا ، لِلْبَائِعِ
الثَّانِي أَخْذُ الشُّقْصِ مِنَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ ، فَإِنْ عَفَا عَنْهُ ، فَلِلْمُشْتَرِي
[١٣٤/٥ ط] الْأَوَّلِ أَخْذُ الشُّقْصِ مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي . وَإِنْ أَخَذَ مِنْهُ ، فَهَلْ
لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ (١) الْأَخْذُ مِنَ الثَّانِي ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَوَّلَاهُمَا ، أَنْ لَهُ
الْأَخْذُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ كَانَ ثَابِتًا حَالَ الْبَيْعِ . وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ مَا يَمْنَعُ ذَلِكَ .

لِقِيَامِ الْمُفْتَضَى ، وَهُوَ الشَّرِكَةُ ، وَلِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ الشُّفْعَةُ عَلَى الْمُشْتَرِي الثَّانِي فِي
الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ، وَفِي الثَّانِيَةِ ، إِذَا قُلْنَا بِسُقُوطِ شُفْعَةِ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ ، وَإِنْ قُلْنَا :
لَا تَسْقُطُ شُفْعَةُ الْبَائِعِ . فَهَلْ أَخْذُ الشُّقْصِ مِنَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ . وَهَلْ لِلْمُشْتَرِي
الْأَوَّلِ شُفْعَةٌ عَلَى الْمُشْتَرِي الثَّانِي ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَعْنَى » ،
و « الشَّرْحِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ الشُّفْعَةُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمَعْنَى » : وَهُوَ
الْقِيَاسُ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا شُفْعَةَ لَهُ . فَعَلَى الْأَوَّلِ ، لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ الشُّفْعَةُ عَلَى
الْمُشْتَرِي الثَّانِي ؛ سِوَاءِ أَخْذِهِ مِنَ الْمَبِيعِ بِالشُّفْعَةِ ، أَوْ لَمْ يَأْخُذْ ، وَلِلْبَائِعِ الثَّانِي ،
إِذَا بَاعَ بَعْضَ الشُّقْصِ ، الْأَخْذُ مِنَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا
فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » .

فَائِدَةٌ : لَوْ بَاعَ بَعْضَ الْحِصَّةِ جَاهِلًا ؛ فَإِنْ قِيلَ بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَوْ بَاعَ الْكُلَّ فِي
هَذِهِ الْحَالِ ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ قِيلَ بِسُقُوطِهَا فِيهِ ، فَهُنَا وَجْهَانِ أَوْ رَدَّاهُمَا الْقَاضِي ،
وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَوَجْهُهُمَا مَا تَقَدَّمَ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالْأَصَحُّ جَرَيَانُ
الشُّفْعَةِ بِالْأُولَى .

(١) زيادة من : م .

وَأِنْ مَاتَ الشَّفِيعُ بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ إِلَّا أَنْ يَمُوتَ بَعْدَ طَلِبِهَا ،
فَتَكُونُ لِوَارِثِهِ .

المقنع

٢٤١٨ - مسألة : (وإن مات بطلت شفعته ، إلا أن يموت بعد طلبها ، فتكون لوارثه) وجُمْلَةُ ذلك ، أَنَّ الشَّفِيعَ إِذَا مَاتَ قَبْلَ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الطَّلَبِ بِهَا ، سَقَطَتْ ، وَلَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَرَثَةِ . قَالَ أَحْمَدُ : الْمَوْتُ يَنْطُلُ بِهِ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ ؛ الشُّفْعَةُ ، وَالْحَدُّ إِذَا مَاتَ الْمَقْذُوفُ ، وَالْخِيَارُ إِذَا مَاتَ الَّذِي اشْتَرَطَ الْخِيَارَ ، لَمْ يَكُنْ لِلْوَرَثَةِ هَذِهِ الثَّلَاثَةُ أَشْيَاءَ ^(١) ، إِنَّمَا هِيَ بِالطَّلَبِ ، فَإِذَا لَمْ يَطْلُبْ ، فَلَيْسَ تَجِبُ ، إِلَّا أَنْ يُشْهَدَ أَنِّي عَلَى حَقِّي مِنْ كَذَا وَكَذَا ، وَأَنِّي قَدْ طَلَبْتُهُ . فَإِنْ مَاتَ بَعْدَهُ ، كَانَ لَوَارِثِهِ الطَّلَبُ بِهِ . رَوَى سُقُوطُ الشُّفْعَةِ بِالْمَوْتِ عَنِ الْحَسَنِ ، وَابْنِ

الشرح الكبير

قوله : وَإِنْ مَاتَ الشَّفِيعُ ، بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ ، إِلَّا أَنْ يَمُوتَ بَعْدَ طَلِبِهَا ، فَتَكُونُ لِوَارِثِهِ . إِذَا مَاتَ الشَّفِيعُ فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ مَاتَ قَبْلَ طَلِبِهَا أَوْ بَعْدَهُ ؛ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ طَلِبِهَا ، لَمْ يَسْتَحِقَّ الْوَرَثَةَ الشُّفْعَةَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ مِرَارًا . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ » : لَا تُورَثُ مُطَالَبَةُ الشُّفْعَةِ مِنْ غَيْرِ مُطَالَبَةِ رَبِّهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَلَهُ مَا خَذَانُ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ حَقٌّ لَهُ ، فَلَا يَثْبُتُ بِدُونِ مُطَالَبَتِهِ ، وَلَوْ عَلِمَتْ رَغْبَتُهُ مِنْ غَيْرِ مُطَالَبَتِهِ ، لَكَفَى فِي الْإِثْرِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » . وَالْمَاخِذُ الثَّانِي ، أَنَّ حَقَّهُ سَقَطَ بِتَرْكِهِ وَإِعْرَاضِهِ ، لِاسْتِمَاءِ عَلَى قَوْلِنَا : إِنَّهَا عَلَى الْفَوْرِ . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ كَانَ غَائِبًا ، فَلِلْوَرَثَةِ الْمُطَالَبَةُ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ عَلَى الْأَوَّلِ . انْتَهَى . وَقِيلَ : لِلْوَرَثَةِ الْمُطَالَبَةُ . وَهُوَ تَخْرِيجٌ

الإنصاف

(١) في م : « أيضا » .

الشرح الكبير

سِيرِينَ ، وَالشَّعْبِيَّ ، وَالنَّخَعِيَّ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ
الرَّأْيِ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْعَبْرِيُّ : يُورَثُ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ :
وَيَخْرُجُ لَنَا مِثْلُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ خِيَارٌ ثَابِتٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الْمَالِ ، فَيُورَثُ ،
كَخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ فَسَخِرَ ثَبَتَ لَا لِفَوَاتِ جُزْءٍ ، فَلَمْ
يُورَثْ ، كَالرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ، وَلِأَنَّهُ نَوْعٌ خِيَارٍ جُعِلَ لِلتَّمْلِيكِ ، أَشْبَهُ خِيَارَ
الْقَبُولِ ، فَأَمَّا خِيَارُ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، فَإِنَّهُ لَا سِتْدْرَاكِ جُزْءٍ فَاتٍ مِنَ الْمَبِيعِ .

فصل : فَإِنْ مَاتَ بَعْدَ طَلَبِ الشُّفْعَةِ ، انْتَقَلَ حَقُّ الْمُطَالَبَةِ بِالشُّفْعَةِ
إِلَى الْوَرَثَةِ ، قَوْلًا وَاحِدًا . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا نَصْرًا أَحْمَدَ عَلَيْهِ ؛
لَأَنَّ الْحَقَّ يَتَقَرَّرُ بِالطَّلَبِ ، وَلِذَلِكَ لَا يَسْقُطُ بِتَأْخِيرِ الْأَخْذِ ^(١) بَعْدَهُ ،
وَقَبْلَهُ يَسْقُطُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِيرُ الشَّقْصُ مِلْكًا لِلشَّفِيعِ بِنَفْسِ
الْمُطَالَبَةِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ، فَإِنَّهُ لَوْ صَارَ مِلْكًا لِلشَّفِيعِ ، لَمْ يَصِحَّ الْعَفْوُ عَنِ
الشُّفْعَةِ بَعْدَ طَلَبِهَا ، كَمَا لَا يَصِحُّ الْعَفْوُ عَنْهَا بَعْدَ الْأَخْذِ بِهَا . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ،
فَإِنَّ الْحَقَّ يَنْتَقِلُ إِلَى جَمِيعِ الْوَرَثَةِ عَلَى قَدَرِ إِرْثِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ مَالِيٌّ مَمْرُوثٌ ،

لَأَبَى الْخَطَّابِ . وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ ، إِذَا مَاتَ صَاحِبُ الشُّفْعَةِ ، فَلَوْلَدُهُ أَنْ يَطْلُبُوا
الشُّفْعَةَ لِمَوْرَثَتِهِمْ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَظَاهِرُ هَذَا ، أَنَّ لَهُمُ الْمُطَالَبَةَ بِكُلِّ حَالٍ .
انْتَهَى . وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ أَنْ طَالَبَ بِهَا ، اسْتَحَقَّهَا الْوَرَثَةُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ
الْأَصْحَابُ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَقَدْ تَوَقَّفَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ ، وَقَالَ : وَهُوَ
مَوْضِعُ نَظَرٍ . وَتَقَدَّمَ نَظِيرُ ذَلِكَ فِي آخِرِ فَضْلِ خِيَارِ الشَّرْطِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : ثُمَّ

(١) م : في الحق .

الشرح الكبير
فَيَنْتَقِلُ إِلَى الْجَمِيعِ ، كَسَائِرِ الْحُقُوقِ الْمَالِيَةِ ، وَسَوَاءٌ قُلْنَا : الشُّفْعَةُ عَلَى قَدْرِ الْأَمْلاكِ . أَوْ : عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ . لِأَنَّ هَذَا يَنْتَقِلُ إِلَيْهِمْ مِنْ مَوْرُوثِهِمْ . فَإِنْ تَرَكَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ حَقَّهُ ، تَوَفَّرَ الْحَقُّ عَلَى بَاقِي الْوَرَثَةِ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ إِلَّا أَنْ يَأْخُذُوا الْكُلَّ ، أَوْ يَتْرُكُوا [١٣٥/٥] كَالشُّفْعَاءِ إِذَا عَفَا بَعْضُهُمْ عَنْ شُفْعَتِهِ ؛ لِأَنَّا لَوْ جَوَّزْنَا أَخْذَ بَعْضِ الشُّقْصِ ، لَتَشَقَّصَ الْمَبِيعُ وَتَبَعَّضَتِ الصَّفَقَةُ عَلَى الْمُشْتَرَى ، وَهَذَا ضَرَرٌ فِي حَقِّهِ .

فصل : وَإِنْ أَشْهَدَ الشَّفِيعُ عَلَى مُطَالَبَتِهِ بِهَا لِلْعَذْرِ ، ثُمَّ مَاتَ ، لَمْ تَبْطُلْ ، وَلِلْوَرَثَةِ الْمُطَالَبَةُ بِهَا . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ عَلَى الطَّلَبِ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنْهُ يَقُومُ مَقَامُهُ ، فَلَمْ تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ بِالْمَوْتِ بَعْدَهُ ، كَنَفْسِ الطَّلَبِ .

فصل : وَإِذَا بَاعَ شَقِصٌ لَهُ شَفِيعَانِ ، فَعَفَا عَنْهُمَا أَحَدُهُمَا وَطَالَبَ بِهَا الْآخَرَ ، ثُمَّ مَاتَ الطَّالِبُ ، فَوَرِثَهُ الْعَافِي ، فَلَهُ أَخْذُ الشُّقْصِ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ وَارِثٌ لَشَفِيعِ مُطَالَبٍ بِالشُّفْعَةِ ، فَمَلَكَ الْأَخْذَ بِهَا ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَكَذَلِكَ لَوْ قَذَفَ رَجُلٌ أُمَّهُمَا وَهِيَ مَيِّتَةٌ ، فَعَفَا أَحَدُهُمَا وَطَالَبَ الْآخَرَ ، ثُمَّ مَاتَ الطَّالِبُ ، فَوَرِثَهُ الْعَافِي ، ثَبَتَ لَهُ اسْتِيفَاؤُهُ بِالنِّيَابَةِ عَنْ أَخِيهِ الْمَيِّتِ ، إِذَا قُلْنَا بِوُجُوبِ الْحَدِّ بِقَذْفِهَا .

الإيناص
مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ يُعَلِّلُ بِإِفَادَةِ الطَّلَبِ لِلْمِلْكِ ، فَيَكُونُ الْحَقُّ مَوْرُوثًا بِهَذَا الْإِعْتِبَارِ ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي ، وَأَبَى الْخَطَّابُ ، وَمَنْ وَافَقَهُمَا عَلَى إِفَادَةِ الْمِلْكِ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُعَلِّلُ بِأَنَّ الطَّلَبَ مُقَرَّرٌ لِلْحَقِّ ، وَلِهَذَا لَمْ تَسْقُطْ بِتَأْخِيرِ الْأَخْذِ بَعْدَهُ ، وَتَسْقُطُ قَبْلَهُ ، وَإِذَا تَقَرَّرَ الْحَقُّ ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ مَوْرُوثًا ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْمُصَنِّفِ ، وَمَنْ وَافَقَهُ عَلَى

الشرح الكبير

فصل : ولو مات مُفْلِسٌ وله شِقْصٌ ، فباع شريكه ، كان لورثته الشُّفْعَةُ . وهذا مذهب الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا شُفْعَةٌ لهم ؛ لأنَّ الحقَّ انتقل إلى الغرماء . ولنا ، أنه يَبِيعُ في شِرْكََةِ ما خَلَفَهُ مَوْرُوثُهُمْ مِنْ^(١) شِقْصٍ ، فكان لهم المُطالَبَةُ بِشُفْعَتِهِ ، كغير المُفْلِسِ . ولا نُسَلِّمُ أَنَّ التَّرِكَةَ انتقلت إلى الغرماء ، بل هي للورثة ، بدليل أنها لو نمت أو زاد ثمنها ، لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم ، وإنما تعلق حقهم به ، فلم يمنع ذلك من الشُّفْعَةِ ، كما لو كان لرجل شِقْصٌ مرهونٌ ، فباع شريكه ، فإنه يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ به . ولو كانت للميت دارٌ ، فبيع بعضها في قضاء دينه ، لم يكن للورثة شُفْعَةٌ ؛ لأنَّ البَيعَ يَقَعُ لهم ، فلا يَسْتَحِقُّونَ الشُّفْعَةَ على أنفسهم . ولو كان الوارثُ شريكاً للموروث فباع نصيب الموروث في دينه ، فلا شُفْعَةٌ أيضاً ؛ لأنَّ نصيب الموروث انتقل بموته إلى الوارث ، فإذا بيع ، فقد بيع ملكه ، فلا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ على نفسه .

الإنصاف

أَنَّ الطَّلَبَ لَا يَفِيدُ الْمِلْكَ ، وهو مُقْتَضَى كلام أحمد .
 تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أَنَّ الشَّفِيعَ لَا يَمْلِكُ الشَّقْصَ بِمَجَرَّدِ الْمُطالَبَةِ . وهو أحد الوجوه ، فلا بدَّ لِلتَّمْلُكِ مِنْ أَخْذِ الشَّقْصِ ، أو يَأْتِي بِلَفْظٍ يَدُلُّ عَلَى أَخْذِهِ بَعْدَ الْمُطالَبَةِ ؛ بأن يقول : قد أَخَذْتُهُ بِالثَّمَنِ . أو : تَمَلَّكْتُهُ بِالثَّمَنِ . ونحو ذلك . وهو اختيار المصنف ، والشارح . وقدمه الحارثي ، ونصره ، وقال : اختاره المصنف وغيره من الأصحاب . وقيل : يَمْلِكُهُ بِمَجَرَّدِ الْمُطالَبَةِ إذا كان مَلِيئاً

(١) زيادة من : المغنى ٥١٢/٧ .

فصل: ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ، ووَصَّى به ، ثم مات ، فللشفيع أخذُهُ بالشفعة ؛ لأنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ مِنْ حَقِّ الْمُوصَى لَهُ ، فإذا أَخَذَهُ ، دَفَعَ الثَّمَنَ إِلَى الْوَرَثَةِ ، وبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ الْمُوصَى بِهِ ذَهَبَ ، فَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، كما لو تَلَفَ ، ولا يَسْتَحِقُّ الْمُوصَى لَهُ بَدْلَهُ ؛ لأنَّهُ لم يُوصَ لَهُ إِلَّا بِالشَّقْصِ ، وقد فَاتَ بِأَخْذِهِ . ولو وَصَّى رَجُلٌ لِإِنْسَانٍ بِشَقْصٍ ، ثم مات ، فَبِيعَ فِي شَرِكَتِهِ شَقْصٌ قَبْلَ قَبُولِ الْمُوصَى لَهُ ، فالشَّفْعَةُ لِلْوَرَثَةِ فِي الصَّحِيحِ ؛ لأنَّ الْمُوصَى بِهِ لا يَصِيرُ لِلْمُوصَى لَهُ إِلَّا بَعْدَ الْقَبُولِ ، ولم يُوجَدْ ، فيكونُ بَاقِيًا عَلَى مِلْكِ الْوَرَثَةِ . [١٣٥/٥ ط] وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِلْمُوصَى لَهُ ^(١) ، إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْمَلِكَ يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ بِمُجَرَّدِ الْمَوْتِ . فَإِذَا قَبَلَ الْوَصِيَّةَ اسْتَحَقَّ الْمُطَالَبَةَ ؛ لَأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ الْمَلِكَ كَانَ لَهُ ، فَكَانَ الْمَبِيعُ فِي شَرِكَتِهِ . وَلَا يَسْتَحِقُّ الْمُطَالَبَةَ قَبْلَ الْقَبُولِ ، لَأَنَّا لَا نَعْلَمُ أَنَّ الْمَلِكَ لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ ، وَإِنَّمَا يَتَبَيَّنُ ذَلِكَ بِقَبُولِهِ ، فَإِنْ قَبَلَ تَبَيَّنَّا أَنَّهُ كَانَ لَهُ ، وَإِنْ رَدَّ تَبَيَّنَّا أَنَّهُ كَانَ لِلْوَرَثَةِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْوَرَثَةُ الْمُطَالَبَةَ أَيْضًا ؛ لِذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُمُ الْمُطَالَبَةَ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْقَبُولِ وَبَقَاءُ الْحَقِّ لَهُمْ . وَيُفَارِقُ الْمُوصَى لَهُ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْقَبُولِ مِنْهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ يُمْكِنُهُ

بِالثَّمَنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَبْدُوسَ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرِّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِهِ ،

الإِنصاف

(١) زيادة من : م .

أَنْ يَقْبَلَ ثُمَّ يُطَالَبَ ، بِخِلَافِ الْوَارِثِ ؛ فَإِنَّهُ لَا سَبِيلَ لَهُ إِلَى فِعْلِهِ مَا يَعْلَمُ بِهِ ثُبُوتَ الْمِلْكِ لَهُ أَوْ لغيره . فَإِذَا طَالَبُوا ثُمَّ قَبِلَ الْوَصِيُّ الْوَصِيَّةَ ، كَانَتِ الشُّفْعَةُ لَهُ ، وَيَفْتَقِرُ إِلَى الطَّلَبِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الطَّلَبَ الْأَوَّلَ تَبَيَّنَ أَنَّهُ مِنْ غَيْرِ الْمُسْتَحَقِّ . وَإِنْ قُلْنَا بِالرَّوَايَةِ الْأُولَى ، فَطَالَبَ الْوَرِثَةُ بِالشُّفْعَةِ ، فَلَهُمُ الْأَخْذُ بِهَا ، وَإِذَا قَبِلَ ^(١) الْوَصِيُّ أَخَذَ الشُّقْصَ الْمُوصَى بِهِ دُونَ الشُّقْصِ الْمَشْفُوعِ ؛ لِأَنَّ الشُّقْصَ الْمُوصَى بِهِ إِنَّمَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ بَعْدَ الْأَخْذِ بِشُفْعَتِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَخَذَهَا الْمُوصَى فِي حَيَاتِهِ . وَإِنْ لَمْ يُطَالَبُوا بِالشُّفْعَةِ حَتَّى قَبِلَ الْمُوصَى لَهُ ، فَلَا شُفْعَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ قَبْلَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ لَهُ وَحُصُولِ شَرِكَتِهِ . وَفِي ثُبُوتِهَا لِلْوَرِثَةِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى مَا لَوْ بَاعَ الشُّفِيعُ نَصِيبَهُ قَبْلَ عِلْمِهِ بِبَيْعِ شَرِيكِهِ .

فصل : وَلَوْ اشْتَرَى رَجُلٌ شَقْصًا ثُمَّ ارْتَدَّ ، فَقُتِلَ أَوْ مَاتَ ، فَلِلشُّفِيعِ أَخْذُهُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهَا وَجَبَتْ بِالشَّرَاءِ ، وَانْتَقَالَ إِلَى الْمُسْلِمِينَ بِقَتْلِهِ أَوْ مَوْتِهِ لَا يَمْنَعُ الشُّفْعَةَ ، كَمَا لَوْ مَاتَ عَلَى الْإِسْلَامِ فَوَرِثَهُ وَرَثَتُهُ ، أَوْ صَارَ مَالُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ لَعَدَمِ وَرَثَتِهِ ، وَالْمُطَالَبُ بِالشُّفْعَةِ وَكَيْلُ بَيْتِ الْمَالِ .

وَصَاحِبِ « التَّلْخِيسِ » . فَيَصِحُّ تَصَرُّفُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ فِيهِ . وَقِيلَ : لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِمُطَالَبَتِهِ وَقَبْضِهِ . وَقِيلَ : لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَقَطَعَ بِهِ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَيَحْصُلُ الْمِلْكُ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ أَيْضًا . ذَكَرَهُ ابْنُ الصَّبْرِ فِي [٢١٣/٢ ط] فِي « نَوَادِرِهِ » ، وَقَالَ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ . انْتَهَى . وَقِيلَ :

(١) فِي ر ١ : وَقِيلَ .

فصل : وإذا اشترى المرتد شقصاً ، فتصرفه موقوف ، فإن قُتل على رِدِّته أو مات عليها ، تبيننا أن شراءه باطل ، ولا شفعة فيه ، وإن أسلم ، تبيننا صحته وثبوت الشفعة فيه . وقال أبو بكر : تصرفه غير صحيح في الحالين ؛ لأن ملكه يزول برِدِّته ، فإذا أسلم عاد إليه تملكاً مستأنفاً . وقال الشافعي ، وأبو يوسف : تصرفه صحيح في الحالين ، وتجب الشفعة فيه . ومبنى الشفعة^(١) ههنا على صحة تصرف المرتد ، ويذكر في غير هذا الموضع . وإن بيع شقص في شركة المرتد ، وكان المشتري كافراً ، فأخذه بالشفعة ، انبنى على ذلك أيضاً ؛ لأن أخذه بالشفعة شراءً للشقص من المشتري ، فأشبهه شراءه لغيره . وإن ارتد الشفيع المسلم ، وقُتل بالردة أو مات عليها ، انتقل ماله إلى المسلمين فإن كان طالب بالشفعة ، انتقلت أيضاً إلى المسلمين ، [١٣٦/٥ و] ينظر فيها الإمام أو نائبه . وإن قُتل أو مات قبل طلبها ، بطلت شفعته ، كما لو مات على إسلامه . ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثاً سوى بيت المال ، انتقل نصيبه إلى المسلمين إن مات بعد الطلب ، وإلا فلا .

لا يملكه إلا بدفع ثمنه ، ما لم يصير مشتريه . واختاره ابن عقيل أيضاً . حكاها في « المستوعب » ، و « التلخيص » . قال في « القواعد » : ويشهد له نص أحمد ، إذا لم يحضر المال مدة طويلة ، بطلت شفعته . وقال في « الرعاية » : الأصح أن له التصرف قبل قبضه وتملكه . وقال في « التلخيص » و « الترغيب » :

(١ - ١) سقط من : الأصل .

فَصْلٌ : وَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ ،
وَأِنْ عَجَزَ عَنْهُ أَوْ عَنْ بَعْضِهِ ، سَقَطَتْ شَفَعَتُهُ .

فصل : قال ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ
 الْعَقْدُ ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ أَوْ عَنْ بَعْضِهِ ، سَقَطَتْ شَفَعَتُهُ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ
 الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشَّقْصَ مِنَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ الَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ؛ لِمَا

لِلْمُشْتَرِي حَبْسُهُ عَلَى ثَمَنِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ بِالشُّفْعَةِ قَهْرِيٌّ ؛ كَالْمِيرَاثِ ، وَالْبَيْعِ عَنْ
 رِضَا . وَيُخَالِفُهُ أَيْضًا فِي خِيَارِ الشَّرْطِ ، وَكَذَا خِيَارُ مَجْلِسٍ مِنْ جِهَةِ شَفِيعٍ بَعْدَ
 تَمَلُّكِهِ ؛ لِنُفُوذِ تَصَرُّفِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ بَعْدَ تَمَلُّكِهِ بِإِثْرٍ .

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، تَنْتَقِلُ الشُّفْعَةُ إِلَى الْوَرَثَةِ كُلِّهِمْ عَلَى حَسَبِ مِيرَاثِهِمْ . ذَكَرَهُ غَيْرُ
 وَاحِدٍ ؛ مِنْهُمْ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالسَّامِرِيُّ ، وَابْنُ رَجَبٍ ، وَغَيْرُهُمْ . وَمِنْهَا ،
 لَا فَرْقَ فِي الْوَارِثِ بَيْنَ ذَوِي الرَّحِمِ وَالزَّوْجِ وَالْمَوْلَى وَبَيْتِ الْمَالِ ، فَيَأْخُذُ الْإِمَامُ
 بِهَا . صَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّاسِعَةِ وَالْأَرْبَعِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » . وَمِنْهَا ،
 إِشْهَادُ الشَّفِيعِ عَلَى الطَّلَبِ حَالَةَ الْعُدْرِ يَقُومُ مَقَامَ الطَّلَبِ فِي الْإِنْتِقَالِ إِلَى الْوَرَثَةِ .
 وَمِنْهَا ، شَفِيعَانِ فِي شَقْصٍ ، عَفَا أَحَدُهُمَا ، وَطَالَبَ الْآخَرُ ، ثُمَّ مَاتَ ، فَوَرِثَهُ الْعَافِي ،
 لَهُ أَخْذُ الشَّقْصِ بِالشُّفْعَةِ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : وَكَذَا لَوْ قَذَفَ
 رَجُلٌ أُمَّهُمَا الْمَيِّتَةَ ، فَعَفَا أَحَدُهُمَا ، وَطَالَبَ الْآخَرُ ، ثُمَّ مَاتَ ، فَوَرِثَهُ الْعَافِي ، كَانَ
 لَهُ اسْتِيفَاءُ الْحَدِّ بِالنِّيَابَةِ عَنْ أُخِيهِ ، إِذَا قِيلَ بِوُجُوبِ الْحَدِّ بِقَذْفِهَا .

تَنْبِيهِ : قَوْلُهُ : وَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ :
 فِيهِ مُضْمَرٌ حَذَفَ اخْتِصَارًا ، وَتَقْدِيرُهُ ، مِثْلُ الثَّمَنِ ، أَوْ قَدْرُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ بَعَيْنُ
 الثَّمَنِ الْمَأْخُوذِ بِهِ لِلْمُشْتَرِي غَيْرُ مُمَكِّنٍ ، فَتَعَيَّنَ الْإِضْمَارُ . وَإِذَنْ فَالظَّاهِرُ إِرَادَةُ

رَوَى فِي حَدِيثِ جَابِرٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « هُوَ أَحَقُّ بِهِ بِالْثَّمَنِ » ^(١) .
 رَوَاهُ الْجَوْزْجَانِيُّ فِي « كِتَابِهِ » . وَلِأَنَّ الشَّفِيعَ إِنَّمَا اسْتَحَقَّ الشَّقْصَ
 بِالْبَيْعِ ، فَكَانَ مُسْتَحَقًّا لَهُ بِالْثَّمَنِ ، كَالْمُشْتَرَى . فَإِنْ قِيلَ : إِنَّ الشَّفِيعَ
 اسْتَحَقَّ أَخْذَهُ بِغَيْرِ رِضَا مَالِكِهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَأْخُذَهُ بِقِيمَتِهِ ، كَالْمُضْطَّرِّ يَأْخُذُ
 طَعَامَ غَيْرِهِ . قُلْنَا : الْمُضْطَّرُّ اسْتَحَقَّ أَخْذَهُ بِسَبَبِ حَاجَةٍ خَاصَّةٍ ، فَكَانَ
 الْمَرْجِعُ فِي بَدَلِهِ إِلَى قِيمَتِهِ ، وَالشَّفِيعُ اسْتَحَقَّه لِأَجْلِ الْبَيْعِ . وَلِهَذَا لَوْ انْتَقَلَ
 بِهَبَةٍ أَوْ مِيرَاثٍ ، لَمْ يَسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ ، وَإِذَا اسْتَحَقَّ ذَلِكَ بِالْبَيْعِ ، وَجَبَ
 أَنْ يَكُونَ بِالْعَوَضِ الثَّابِتِ بِالْبَيْعِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّا نَنْظُرُ فِي الثَّمَنِ ،
 فَإِنْ كَانَ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، أُعْطَاهُ الشَّفِيعُ مِثْلَهُ .

الثَّانِي ، وَهُوَ الْقَدْرُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَرَّضَ لَوْضْفِ التَّأْجِيلِ ، وَالْمِثْلِيَّةِ وَالتَّقْوِيمِ فِيمَا بَعْدُ ،
 فَلَوْ كَانَ الْمِثْلُ مُرَادًا ، لَكَانَ تَكَرُّرًا ؛ لَشُمُولِ الْمِثْلِ لِلصُّفَّةِ وَالذَّاتِ . انْتَهَى .

قَوْلُهُ : وَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ أَوْ عَنْ بَعْضِهِ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ . وَلَوْ أَتَى بِرَهْنٍ أَوْ ضَامِنٍ ،
 لَمْ يَلْزَمْ الْمُشْتَرَى ، وَلَكِنْ يُنْظَرُ ثَلَاثًا ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ عَجْزُهُ .
 نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَعَنْهُ ، لَا يُنْظَرُ
 إِلَّا يَوْمَيْنِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« التَّلْخِصِ » ،
 وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » . وَعَنْهُ ، يُرْجَعُ فِي ذَلِكَ إِلَى رَأْيِ الْحَاكِمِ . قُلْتُ : وَهَذَا الصَّوَابُ
 فِي وَقْتِنَا هَذَا . فَإِذَا مَضَى الْأَجْلُ ، فَسَخَ الْمُشْتَرَى . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ .
 اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَالْمُصَنِّفُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَصَحُّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » .

(١) هَذَا اللَّفْظُ أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمَسْنَدِ ٣/ ٣١٠ ، ٣٨٢ . وَضَعَهُ الْأَلْبَانِيُّ . انْظُرْ : إِرْوَاءُ الْغَلِيلِ . ٣٧٤/٥ .

فصل : ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن ؛ لأن في أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشتري ، ولا يزال الضرر بالضرر ، فإن أخضر رهناً أو ضميناً ، لم يلزم المشتري قبوله ؛ لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن ، فلم يلزم المشتري ذلك ، كما لو أراد تأخير ثمن حال . وإن بذل عوضاً عن الثمن ، لم يلزمه قبوله ؛ لأنها معاوضة ، فلم يجبر عليها . وإذا أخذ بالشفعة ، لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن ، فإن كان موجوداً سلمه ، وإن تعذر في الحال ، فقال أحمد ، في رواية حرب : ينظر الشفيع يوماً أو يومين ، بقدر ما يرى الحاكم ، فإذا كان أكثر ، فلا . وهذا قول مالك . وقال ابن شبرمة ، وأصحاب الشافعي : ينظر ثلاثاً ؛ لأنها آخر حد القلة ، فإن أخضر الثمن ، وإلا فسخ عليه . وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يأخذ بالشفعة ، ولا يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن ؛ لأن الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري ، فلا يستحق ذلك إلا بإحضار عوضه ، كتسليم المبيع . ولنا ، أنه تملك للمبيع بعوض ،

وقيل : إنما يفسخه الحاكم . قدمه في « الشرح » ، و « الرعاية » ، والإنصاف و « الفائق » . وقيل : يتبين بطلانه . اختاره ابن عقيل . قال الحارثي : والمنصوص من رواية الحمالي ، بطلان الشفعة مطلقاً . وهو ماقال في « التلخيص » ، و « المحرر » .

فوائد : الأولى ، المذهب أن الأخذ بالشفعة نوع بيع ؛ لأنه دفع مال لغرض التملك ، ولهذا اعتبر له العلم بالشقص وبالثمن ، فلا يصح مع جهاتهما . ذكره المصنف وغيره ، قال : وله المطالبة بالشفعة مع الجهالة : ثم يعرف مقدار

[١٣٦/٥ ط] فلا يَقِفُ على إحضارِ العَوْضِ ، كالْبَيْعِ ، وأما التَّسْلِيمُ في البَيْعِ ، فَالتَّسْلِيمُ في الشُّفْعَةِ مثله ، وَكَوْنُ الْأَخْذِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ الْمُشْتَرِي يَدُلُّ على قُوَّتِهِ ، فلا يَمْنَعُ مِنْ اعْتِبَارِهِ في الصَّحَّةِ ، ومتى أَجْلَنَاهُ مُدَّةً فَأَحْضَرَ الثَّمَنَ فيها ، وإلَّا فَسَخَ الْحَاكِمُ الْأَخْذَ وَرَدَّهُ إِلَى الْمُشْتَرِي . وكذا لو هَرَبَ الشَّفِيعُ بَعْدَ الْأَخْذِ . قال شيخنا^(١) : والأوْلَى أَنَّ لِلْمُشْتَرِي الْفَسْخَ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ ؛ لِأَنَّهُ فَاتَ شَرْطُ الْأَخْذِ ، وَلِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَى الْبَائِعِ الْوُصُولُ إِلَى الثَّمَنِ ، فَمَلَكَ الْفَسْخَ ، كَغَيْرِ مَنْ أُخِذَتِ الشُّفْعَةُ مِنْهُ ، وكما لو أَفْلَسَ الشَّفِيعُ ، وَالشُّفْعَةُ لَا تَقِفُ عَلَى حُكْمِ الْحَاكِمِ ، فلا يَقِفُ فَسْخُ الْأَخْذِ بها على الْحَاكِمِ ، كَفَسْخِ غَيْرِهَا مِنَ الْبُيُوعِ ، وكالرَّدِّ بِالْغَيْبِ ، وَلِأَنَّ وَقْفَ ذَلِكَ عَلَى الْحَاكِمِ يُفْضِي إِلَى الضَّرَرِ بِالْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ إِثْبَاتُ مَا يَدَّعِيهِ ، وَقَدْ يَضْعُبُ عَلَيْهِ حُضُورُ مَجْلِسِ الْحَاكِمِ لِبُعْدِهِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فلا يُشْرَعُ فِيهَا مَا يُفْضِي إِلَى الضَّرَرِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ وَقَفَ الْأَمْرُ عَلَى الْحَاكِمِ ، لم يَمْلِكِ الْأَخْذَ إِلَّا بَعْدَ إِحْضَارِ الثَّمَنِ ، لِئَلَّا يُفْضِيَ إِلَى هَذَا الضَّرَرِ . وَإِنْ أَفْلَسَ الشَّفِيعُ ، خَيْرَ الْمُشْتَرِي بَيْنَ الْفَسْخِ وَبَيْنَ أَنْ يَضْرِبَ مَعَ الْغَرَمَاءِ بِالْثَّمَنِ ، كَالْبَائِعِ إِذَا أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي .

الْثَّمَنِ . وَذَكَرَ احْتِمَالًا بِجَوَازِ الْأَخْذِ مَعَ جَهَالَةِ الشَّقْصِ ؛ بِنَاءً عَلَى جَوَازِ بَيْعِ الْأَعْيَانِ الْعَائِيَةِ . الثَّانِيَةُ ، قال الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ : إِذَا أَخْذَ بِالشُّفْعَةِ ، لم يَلْزِمِ الْمُشْتَرِي تَسْلِيمُ الشَّقْصِ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ . وقاله في « التَّلْخِيصِ » وَغَيْرِهِ ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْبَيْعِ . الثَّلَاثَةُ ، لو تَسَلَّمَ الشَّقْصَ ، وَالثَّمَنُ فِي الذِّمَّةِ ، فَأَفْلَسَ ، فَقَالَ الْمُصَنِّفُ

(١) في : المغنى ٤٨٤/٧ ، ٤٨٥ .

وَمَا يُحِطُّ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ يُزَادُ فِيهِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ يُلْحَقُ بِهِ ،
وَمَا كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يُلْحَقُ بِهِ .

الشرح الكبير

٢٤١٩ - مسألة : (وما يُزَادُ فِي الثَّمَنِ أَوْ يُحِطُّ مِنْهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ
يُلْحَقُ بِهِ ، وما بعد ذلك لا يُلْحَقُ بِهِ) قد ذَكَرْنَا أَنَّ الشَّفِيعَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ
الشَّقْصَ بِالثَّمَنِ الَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، فَلَوْ تَبَايَعَا بِقَدَرٍ ، ثُمَّ غَيَّرَاهُ فِي زَمَنِ
الْخِيَارِ بِزِيَادَةٍ أَوْ نَقْصٍ ، ثَبَتَ ذَلِكَ التَّغْيِيرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ
الشَّفِيعِ إِنَّمَا يَثْبُتُ إِذَا تَمَّ الْعَقْدُ ، وَإِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِالثَّمَنِ الَّذِي هُوَ ثَابِتٌ حَالِ
اسْتِحْقَاقِهِ ، وَلِأَنَّ زَمْنَ الْخِيَارِ بِمَنْزِلَةِ حَالَةِ الْعَقْدِ ، وَالتَّغْيِيرُ يُلْحَقُ بِالْعَقْدِ
فِيهِ ؛ لِأَنَّهُمَا عَلَى اخْتِيَارِهِمَا فِيهِ ، كَمَا لَوْ كَانَا فِي حَالِ الْعَقْدِ . فَأَمَّا إِذَا انْقَضَى
الْخِيَارُ وَانْبَرَمَ الْعَقْدُ ، فَزَادَا أَوْ نَقَصَا ، لَمْ يُلْحَقْ بِالْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ بَعْدَهُ
هَبَةٌ تُعْتَبَرُ لَهَا شُرُوطُ الْهَبَةِ ، وَالنَّقْصُ إِبْرَاءٌ مُبْتَدَأٌ ، وَلَا يَثْبُتُ ذَلِكَ فِي حَقِّ
الشَّفِيعِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَثْبُتُ النَّقْصُ فِي حَقِّ
الشَّفِيعِ دُونَ الزِّيَادَةِ . وَإِنْ كَانَا عِنْدَهُ مُلْحَقَانِ بِالْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تَضُرُّ
بِالشَّفِيعِ ، فَلَمْ يَمْلِكَا ، بِخِلَافِ النَّقْصِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ بَقِيَ مَا يَكُونُ

الإِنصَافُ

وغيره : الْمُشْتَرَى مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالضَّرْبِ مَعَ الْغُرْمَاءِ بِالثَّمَنِ ، كَالْبَائِعِ إِذَا
أَفْلَسَ الْمُشْتَرَى . الرَّابِعَةُ ، فِي رُجُوعِ شَفِيعِ بَارِئٍ عَلَى مُشْتَرٍ ، عَفَا عَنْهُ بَائِعٌ ،
وَجْهَان . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرَّعَايَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : الصَّوَابُ عَدَمُ
الرُّجُوعِ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ . ثُمَّ وَجَدْتُهُ فِي « الْمُعْنَى » ،
و « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، قَطَعُوا بِذَلِكَ .
وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ بَعْدَ قَوْلِهِ : وَإِنْ فُسِّخَ الْبَيْعُ بَعِيْبٍ أَوْ إِقَالَةٍ .

وَإِنْ كَانَ مُوَجَّلًا ، أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِالْأَجَلِ إِنْ كَانَ مَلِيًّا ، وَإِلَّا أَقَامَ كَفِيلًا مَلِيًّا وَأَخَذَ بِهِ .

ثُمَّ أَخَذَ بِهِ ، وَإِنْ حَطَّ الْأَكْثَرُ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ [١٣٧/٥] يُعْتَبَرُ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ ، كَالزِّيَادَةِ ، وَلِأَنَّ الشَّفِيعَ اسْتَحَقَّ الْأَخْذَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ قَبْلَ التَّغْيِيرِ ، فَلَمْ يُؤْثِرِ التَّغْيِيرُ بَعْدَ ذَلِكَ فِيهِ ، كَالزِّيَادَةِ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْعُذْرِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَوْ لَحِقَ الْعَقْدَ لَزِمَ الشَّفِيعَ وَإِنْ أَضَرَّ بِهِ ، كَالزِّيَادَةِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، وَلِأَنَّهُ حَطَّ بَعْدَ لُزُومِ الْعَقْدِ ، فَأُشْبِهَ حَطَّ الْجَمِيعِ أَوْ الْأَكْثَرِ عِنْدَ مَالِكٍ .

٢٤٢٠ - مسألة : (وَإِنْ كَانَ مُوَجَّلًا ، أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِالْأَجَلِ إِنْ كَانَ مَلِيًّا ، وَإِلَّا أَقَامَ كَفِيلًا مَلِيًّا وَأَخَذَ بِهِ) وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَعَبْدُ الْمَلِكِ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : لَا يَأْخُذُهَا إِلَّا بِالتَّقْدِيرِ حَالًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَأْخُذُ إِلَّا بِثَمَنِ حَالٍ ، أَوْ يَنْتَظِرُ مُضِيِّ الْأَجَلِ ثُمَّ يَأْخُذُ . وَعَنِ الشَّافِعِيِّ كَمَذْهَبِنَا وَمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَخْذُهُ بِالْمُوجَّلِ ، لِأَنَّهُ يُفْضِي إِلَى أَنْ يَلْزَمَ الْمُشْتَرِيَ قَبُولَ ذِمَّةِ الشَّفِيعِ ، وَالذَّمُّ لَا تَتِمَّائِلُ ، وَإِنَّمَا يَأْخُذُ بِمِثْلِهِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَأْخُذَ بِمِثْلِهِ حَالًا ، لِثَلَاثِ أَسْبَابٍ : أَلَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِمَّا يَلْزَمُ الْمُشْتَرِيَ ، وَلَا بِسَلْعَةٍ بِمِثْلِ الثَّمَنِ إِلَى الْأَجَلِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَأْخُذُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ أَوْ الْقِيَمَةِ ، وَالسَّلْعَةُ لَيْسَتْ وَاحِدًا مِنْهُمَا ، فَلَمْ يَنْبَغِ إِلَّا التَّخْيِيرُ . وَلَنَا ، أَنَّ الشَّفِيعَ تَابَعَ

قَوْلُهُ : وَإِنْ كَانَ مُوَجَّلًا ، أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِالْأَجَلِ إِنْ كَانَ مَلِيًّا ، وَإِلَّا أَقَامَ كَفِيلًا مَلِيًّا وَأَخَذَ بِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ . لَكِنْ شَرَطَ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » وَغَيْرِهِ ، وَوَلَدَهُ أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَالْقَاضِي يَعْقُوبُ ، وَأَبُو

وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ عَرْضًا ، أَعْطَاهُ مِثْلَهُ إِنْ كَانَ ذَا مِثْلٍ ، أَوْ ^{المقنع} [١٤٥ و] قِيمَتُهُ .

الشرح الكبير للمُشْتَرَى فِي قَدْرِ الثَّمَنِ وَصِفَتِهِ ، وَالتَّأْجِيلُ مِنْ صِفَاتِهِ ، وَلَأَنَّ فِي الْحُلُولِ زِيَادَةً عَلَى التَّأْجِيلِ ، فَلَمْ يَلْزَمْ الشَّفِيعُ ، كَزِيَادَةِ الْقَدْرِ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنْ اخْتِلَافِ الذَّمِّ ، فَإِنَّا لَا نُوجِبُهَا حَتَّى تُوجَدَ الْمَلَاءَةُ فِي الشَّفِيعِ ، أَوْ فِي الضَّامِنِ ، بَحِثْ يَنْحَفِظُ الْمَالُ ، فَلَا يَضُرُّ اخْتِلَافُهُمَا فِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى الشَّقِصَ بِسِلْعَةٍ وَجَبَتْ قِيمَتُهَا ، وَلَا يَضُرُّ اخْتِلَافُهُمَا . وَمَتَى أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِالْأَجَلِ ، فَمَاتَ الشَّفِيعُ أَوْ الْمُشْتَرَى ، وَقُلْنَا : يَحِلُّ الدَّيْنُ بِالْمَوْتِ . حَلَّ الدَّيْنِ عَلَى الْمَيِّتِ مِنْهُمَا ذَوْنَ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ حُلُولِهِ الْمَوْتُ ، فَاخْتَصَّ بِمَنْ وُجِدَ فِي حَقِّهِ .

٢٤٢١ - مسألة : (وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ عَرْضًا ، أَعْطَاهُ مِثْلَهُ إِنْ كَانَ ذَا مِثْلٍ ، وَإِلَّا أَعْطَاهُ قِيمَتَهُ) أَمَّا إِذَا كَانَ مِنَ الْمِثْلِيَّاتِ ؛ كَالْحُبُوبِ ،

الْحَسَنِ ابْنُ بَكْرٍ ، وَصَفَ الثَّقَةَ مَعَ الْمَلَاءَةِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ . بِذَوْنِهِمَا . قَالَ الْخَارِثِيُّ : وَلَيْسَ بِبَعِيدٍ مِنَ النَّصِّ .

فائدة : لَوْ أَخَذَ الشَّفِيعُ بِالْأَجَلِ ، [٢١٤/٢ و] ثُمَّ مَاتَ هُوَ أَوْ الْمُشْتَرَى ، وَقُلْنَا : يَحِلُّ الدَّيْنُ بِالْمَوْتِ . حَلَّ الثَّمَنِ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَحِلَّ عَلَى الْحَيِّ مِنْهُمَا . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ .

فائدة : قَالَ الْخَارِثِيُّ : إِطْلَاقُ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ : إِنْ كَانَ مُوَجَّلاً ، أَخَذَهُ بِالْأَجَلِ ، إِنْ كَانَ مَلِيئًا . يُفِيدُ مَا لَوْ لَمْ يَتَّفَقْ طَلَبُ الشَّفِيعِ إِلَّا عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ أَوْ بَعْدَهُ ، أَنْ يَثْبُتَ لَهُ اسْتِثْنَاءُ الْأَجَلِ . وَقَطَعَ بِهِ وَنَصَرَهُ .

قوله : وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ عَرْضًا ، أَعْطَاهُ مِثْلَهُ إِنْ كَانَ ذَا مِثْلٍ ، وَإِلَّا قِيمَتَهُ . اعْلَمْ

والأذهان ، فهو كالأثمان ، قياساً عليها ، فيُعْطِيهِ الشَّفِيعُ مِثْلَهَا . هكذا ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا . وهو قولُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِثْلٌ ^(١) مِنْ طَرِيقِ الصُّورَةِ وَالْقِيَمَةِ ، فَكَانَ أَوَّلَى مِنَ الْمُمَاطِلِ فِي أَحَدِهِمَا ، وَلِأَنَّ الْوَاجِبَ بَدَلُ ^(٢) الثَّمَنِ ، فَكَانَ مِثْلَهُ ، كَبَدَلِ الْعَرَضِ [١٣٧/٥ ط] وَالمُتَلَفِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا مِثْلَ لَهُ ؛ كَالثِّيَابِ ، وَالْحَيَوَانِ ، فَإِنَّ الشَّفِيعَ يَسْتَحِقُّ الشَّقْصَ بِقِيَمَةِ الْعَرَضِ ^(٣) . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَبِهِ يَقُولُ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنِ الْحَسَنِ ، وَسَوَّارٍ ، أَنَّ الشُّفْعَةَ لَا تَجِبُ هُنَا ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ ، وَهَذَا لَا مِثْلَ لَهُ ، فَتَعَذَّرَ الْأَخْذُ ، فَلَمْ يَجِبْ ، كَمَا لَوْ جُهِلَ الثَّمَنُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَحَدُ نَوْعَيْ الثَّمَنِ ، فَجَازَ أَنْ تُثَبَّتَ بِهِ الشُّفْعَةُ فِي الْمَبِيعِ ، كَالْمِثْلِيِّ ، وَمَا ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمِثْلَ يَكُونُ مِنْ طَرِيقِ الصُّورَةِ وَمِنْ طَرِيقِ الْقِيَمَةِ ، كَبَدَلِ الْمُتَلَفِ .

أَنَّ الثَّمَنَ لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِثْلِيًّا ، أَوْ مُتَقَوِّمًا ، فَإِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، انْقَسَمَ إِلَى نَقْدٍ وَعَرَضٍ ، وَأَيًّا مَا كَانَ ، فَالْمُمَاطِلَةُ فِيهِ تَتَعَلَّقُ بِأَمُورٍ ؛ أَحَدُهَا ، الْجِنْسُ . فَيَجِبُ مِثْلُهُ مِنَ الْجِنْسِ ؛ كَالذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةِ ، وَالْحِنْطَةِ ، وَالشَّعِيرِ ، وَالزَّيْتِ ، وَنَحْوِهِ ، وَإِنْ انْقَطَعَ الْمِثْلُ حَالَةَ الْأَخْذِ ، انْتَقَلَ إِلَى الْقِيَمَةِ ، كَمَا فِي الْعَصَبِ ، حَكَاهُ ابْنُ الرَّاغُونِيِّ مُحَلًّا وَفَاقٍ . وَفِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ رَوَايَةٌ ، أَنَّهُ يَأْخُذُ بِقِيَمَةِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ؛

(١) زيادة من : م .

(٢) في م : « بدل » .

(٣) في م : « الثمن » .

فصل : وإن كان الثَّمَنُ تَجِبُ قِيمَتُهُ ، فَإِنَّهَا تُعْتَبَرُ وَقْتُ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ الاسْتِحْقَاقِ ، وَلَا اعْتِبَارَ بَعْدَ ذَلِكَ بِالزِّيَادَةِ وَالنَّقْصِ فِي الْقِيَمَةِ . وَإِنْ كَانَ فِيهِ خِيَارٌ ، اعْتَبِرَتِ الْقِيَمَةُ حِينَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ وَاسْتِقْرَارِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ يَأْخُذُهُ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ الْمُحَاكَمَةِ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ وَقْتُ الاسْتِحْقَاقِ وَقْتُ الْعَقْدِ ، وَمَا زَادَ بَعْدَ ذَلِكَ حَصَلَ فِي مِلْكِ الْبَائِعِ ، فَلَا يَكُونُ لِلْمُشْتَرِي ، وَمَا نَقَصَ فَمِنْ مَالِ الْبَائِعِ ، فَلَا يَنْقُصُ بِهِ ^(١) حَقُّ الْمُشْتَرِي .

تَعَذَّرَ الْمِثْلُ ، أَوْ لَا . وَأَمَّا الْمَذْرُوعُ ، كَالثِّيَابِ ، فَقَالَ ابْنُ الزَّاعُونِيِّ فِي شُرُوطِهِ : الْقَوْلُ فِيهِ كَالْقَوْلِ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، إِلَّا أَنَّ الْقَوْلَ فِيهِ هُنَا مَبْنِيٌّ عَلَى السَّلَمِ فِيهِ ؛ فَحَيْثُ صَحَّحْنَا السَّلَمَ فِيهِ ، أَخَذَ مِثْلَهَا ، إِلَّا عَلَى الرَّوَايَةِ فِي أَنَّهَا مَضْمُونَةٌ بِالْقِيَمَةِ ، فَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِالْقِيَمَةِ ، وَحَيْثُ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ . يَأْخُذُ الْقِيَمَةَ ، وَالْأُولَى الْقِيَمَةُ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالْقِيَمَةُ اخْتِيَارُ الْمُصَنِّفِ ، وَعَامَّةُ الْأَصْحَابِ . وَأَمَّا الْمَعْدُودُ ، كَالْبَيْضِ وَنَحْوِهِ ، فَقَالَ ابْنُ الزَّاعُونِيِّ : يَنْبَنِي عَلَى السَّلَمِ فِيهِ ؛ إِنْ قِيلَ بِالصَّحَّةِ ، فَفِيهِ مَا فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، وَإِلَّا فَالْقِيَمَةُ . الثَّانِي ، الْمِقْدَارُ . فَيَجِبُ مِثْلُ الثَّمَنِ قَدْرًا مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلَا نَقْصٍ ؛ فَإِنْ وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى مَا هُوَ مُقَدَّرٌ بِالْمِغْيَارِ الشَّرْعِيِّ ، فَذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ بغيرِهِ ؛ كَالْبَيْعِ بِالْفِ رَطْلٍ مِنْ حِنْطَةٍ ، فَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : ظَاهِرُ كَلَامِ أَصْحَابِنَا ، أَنَّهُ يُكَالُ وَيُدْفَعُ إِلَيْهِ مِثْلُ مَكِيلِهِ ؛ لِأَنَّ الرِّبَوِيَّاتِ تَمَازُلُهَا بِالْمِغْيَارِ الشَّرْعِيِّ . وَكَذَلِكَ إِقْرَاضُ الْحِنْطَةِ بِالْوَزْنِ . وَقَالَ :

(١) سقط من : م .

المقنع
وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ، إِلَّا أَنْ
تَكُونَ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ .

الشرح الكبير
٢٤٢٢ - مسألة : (وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ
الْمُشْتَرِي ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ) إِذَا اِخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي

الإنصاف
يَكْفِي عِنْدِي الْوِزْنُ هُنَا ؛ إِذَا الْمَبْدُولُ فِي مُقَابَلَةِ الشَّقْصِ ، وَقَدَرُ الثَّمَنِ ، مِغْيَارُهُ
لَا عَوَضُهُ . انتهى .

تنبيه : تقدّم في الحِيلِ ، إِذَا جَهِلَ الثَّمَنُ ، مَا يَأْخُذُ . الثَّلَاثُ ، الصِّفَةُ فِي
الصُّحَاخِ ، وَالْمُكْسَرَةِ ، وَالسُّودِ ، وَنَقْدِ الْبَلَدِ ، وَالْحُلُولِ ، وَضِدُّهَا . فَيَجِبُ مِثْلُهُ
صِفَةً . وَإِنْ كَانَ مُتَّفَقًا ؛ كَالْعَبْدِ ، وَالْدَّارِ ، وَنَحْوِهَا ، فَالْوَاجِبُ اعْتِبَارُهُ بِالْقِيَمَةِ
يَوْمَ الْبَيْعِ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ » : يَأْخُذُ الشَّفِيعُ الشَّقْصَ بِمَا اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ؛
مِنْ ثَمَنِ مِثْلِي ، أَوْ قِيَمَةِ غَيْرِهِ وَقْتُ لُزُومِ الْعَقْدِ . وَقِيلَ : بَلْ وَقْتُ وُجُوبِ الشُّفْعَةِ .
انتهى .

فائدة : لو تَبَايَعَ ذِمِّيَانِ بِخَمْرٍ ؛ إِنْ قُلْنَا : لَيْسَتْ مَالًا لَهُمْ . فَلَا شُفْعَةَ بِحَالٍ .
اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُهُمْ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ .
وَإِنْ قُلْنَا : هِيَ مَالٌ لَهُمْ . فَأُطْلِقَ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ وَجُوبَ الشُّفْعَةِ ، وَكَذَا قَالَ
الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . ثُمَّ قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعَبِ » ، وَ « التَّلْخِيسِ » : يَأْخُذُ بِقِيَمَةِ
الْخَمْرِ ، كَمَا لَوْ أُتْلِفَ عَلَى ذِمِّيٍّ خَمْرًا .

قوله : وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلشَّفِيعِ
بَيِّنَةٌ . وَهَذَا بِلَا نِزَاعٍ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . لَكِنْ لَوْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّفِيعِ

الْثَمَنُ ، فقال الْمُشْتَرِي : اشْتَرَيْتُهُ بِمِائَةٍ . فقال الشَّفِيعُ : بل بِخَمْسِينَ .
فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ؛ لَأَنَّهُ الْعَاقِدُ ، فهو أَعْرَفُ بِالْثَمَنِ ، ولأنَّ الشَّقْصَ
مِلْكُهُ فلا يُنَزَّعُ منه بالدَّعْوَى بغير بَيِّنَةٍ . وبهذا قال الشافعي . فإن قيل :
فَهَلَّا قُلْتُمْ : القولُ قولُ الشَّفِيعِ ؛ لَأَنَّهُ غَارِمٌ وَمُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ ، فهو
كَالْغَاصِبِ ، والمُتَلَفِ ، والصَّامِنِ نَصِيبَ شَرِيكِهِ إِذَا عَتَقَ ؟ قُلْنَا : الشَّفِيعُ
ليس بغارِمٍ ؛ لَأَنَّهُ لا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وإنما يُرِيدُ أَنْ يَمْلِكَ الشَّقْصَ بِثَمَنِهِ ،
بِخِلَافِ الْغَاصِبِ والمُتَلَفِ والمُعْتَقِ . فأمَّا إِنْ كَانَ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ ، حُكْمٌ
لَهُ بِهَا ، وكذلك إِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي بَيِّنَةٌ ، حُكْمٌ بِهَا ، واستغنى عن يَمِينِهِ .
وَيُثْبِتُ ذَلِكَ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ ، وشَهَادَةُ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ
الْبَائِعِ ؛ لَأَنَّهُ إِذَا شَهِدَ لِلشَّفِيعِ كَانَ مُتَّهَمًا ؛ لَأَنَّهُ يَطْلُبُ تَقْلِيلَ الثَّمَنِ خَوْفًا

وَالْمُشْتَرِي بَيِّنَةٌ بِثَمَنِهِ ، فقال القاضي ، وابنه أبو (١) الْحُسَيْنِ ، وأبو الْخَطَّابِ ،
وابنُ عَقِيلٍ ، والشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وأبو الْقَاسِمِ الزَّيْدِيُّ ، وصَاحِبُ
« الْمُسْتَوْعِبِ » : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الشَّفِيعِ . قال الْحَارِثِيُّ : وَيَقْتَضِيهِ إِطْلَاقُ الْخَرَقِيِّ ،
وَالْمُصَنِّفِ هُنَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » .
وَقِيلَ : يَتَعَارِضَانِ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْمُغْنَى » . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » .
وَقِيلَ بِاسْتِعْمَالِهِمَا بِالْقُرْعَةِ . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْفُرُوعِ » . وَوَجَّهَ الْحَارِثِيُّ قَوْلًا ، أَنَّ
الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ؛ لَأَنَّهُ قَالَ : قَوْلُ الْأَصْحَابِ هُنَا مُخَالَفٌ لِمَا قَالُوهُ فِي بَيِّنَةِ الْبَائِعِ

(١) سقط من : الأصل .

مِن الدَّرَكِ عَلَيْهِ . [١٣٨/٥ و] فَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، اِحْتَمَلَ تَعَارُضُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَنَازَعَانِ فِيمَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، فَيَصِيرَانِ كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا . وَذَكَرَ الشَّرِيفُ أَنَّ بَيِّنَةَ الشَّفِيعِ تُقَدَّمُ ؛ لِأَنَّهَا خَارِجَةٌ . وَيَقْتَضِيهِ قَوْلُ الْخَرَقِيِّ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ عِنْدَهُ تُقَدَّمُ عَلَى بَيِّنَةِ الدَّخِلِ ، وَالشَّفِيعُ خَارِجٌ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ صَاحِبَاهُ : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهَا تَرَجَّحُ بِقَوْلِ الْمُشْتَرِي ، فَإِنَّهُ مُقَدَّمٌ عَلَى قَوْلِ الشَّفِيعِ ، وَيُخَالِفُ الْخَارِجَ وَالدَّخِلَ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الدَّخِلِ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مُسْتَنَدَةً إِلَى يَدِهِ ، وَفِي مَسَائِلِنَا الْبَيِّنَةُ تَشْهَدُ عَلَى نَفْسِ الْعَقْدِ ، كَشَهَادَةِ بَيِّنَةِ الشَّفِيعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا بَيِّنَتَانِ تَعَارَضَتَا ، فَقُدِّمَتْ بَيِّنَةُ مَنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ عِنْدَ عَدَمِهَا ، كَالدَّخِلِ وَالْخَارِجِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَرَعَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَنَازَعَانِ فِي الْعَقْدِ ، وَلَا يَدُ لِهَمَا عَلَيْهِ ، فَصَارَا كَالْمُتَنَازِعَيْنِ عَيْنًا فِي يَدٍ غَيْرِهِمَا .

وَالْمُشْتَرِي ، حَيْثُ قَدَّمُوا بَيِّنَةَ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ مُدَّعٍ بَزِيَادَةٍ ، وَهَذَا بَعَيْنُهُ مَوْجُودٌ فِي الْمُشْتَرِي هُنَا ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ فِيهِ بِمِثْلِ ذَلِكَ . انْتَهَى .

فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، لَوْ قَالَ الْمُشْتَرِي : لَا أَعْلَمُ قَدْرَ الثَّمَنِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ ؛ [٢١٤/٢ ظ] الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : فَيُحْلِفُ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ قَدْرَهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ وَفَقَ الْجَوَابِ ، وَإِذَنْ لَا شُفْعَةَ ؛ لِأَنَّهَا لَا تُسْتَحَقُّ بِدُونِ الْبَدَلِ ، وَإِجْبَابُ الْبَدَلِ مُتَعَدِّرٌ لِلْجَهَالَةِ . وَلَوْ ادَّعَى الْمُشْتَرِي جَهْلَ قِيمَةِ الْعَرَضِ ، فَكَدَعَوَى جَهْلَ الثَّمَنِ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَتَقَدَّمَ التَّنْبِيهُ عَلَى ذَلِكَ ، بَعْدَ ذِكْرِ الْحِيلِ ، أَوَّلَ الْبَابِ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ قَالَ الْبَائِعُ : الثَّمَنُ ثَلَاثَةُ آلَافٍ . وَقَالَ الْمُشْتَرِي : أَلْفَانِ . وَقَالَ الشَّفِيعُ : أَلْفٌ . وَأَقَامُوا الْبَيِّنَةَ ،

فصل : فإن قال المشتري : لا أعلم قدر الثمن . فالقول قوله ؛ لأن ما يدعيه ممكن ، يجوز أن يكون اشتراه جزأاً ، أو بثمان نسي قدره ، ويحلف^(١) ، فإذا حلف سقطت الشفعة ؛ لأنها لا تستحق بغير بدل ، ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه . فإن ادعى أنك فعلت ذلك تحيلاً^(٢) على إسقاط الشفعة ، حلف على نفى ذلك .

فصل : فإن اشترى شقصاً بعرض ، واختلفا في قيمته ، فإن كان موجوداً عرضناه على المقومين ، وإن تعذر إحضاره فالقول قول المشتري ، كما لو اختلفا في قدره . فإن ادعى جهل قيمته ، فهو على ما ذكرنا فيما إذا ادعى جهل ثمنه . وإن اختلفا في الغراس والبناء في الشقص ، فقال المشتري : أنا أحدثته . فأنكر الشفيع^(٣) ، فالقول قول المشتري ؛ لأنه ملكه ، والشفيع يريد تملكه عليه ، فكان القول قول المالك .

فالبينة للبائع ، على ما تقدم ؛ لدعوى الزيادة . الثالثة ، لو كان الثمن عرضاً ، واختلف الشفيع والمشتري في قيمته ، فإن وجد قوم ، وإن تعذر ، فالقول قول المشتري مع يمينه . قاله المصنف وغيره . وإن أقاماً بينة بقيمته ، قال الحارثي : فالأظهر التعارض . ويحتمل تقديم بينة الشفيع .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « تحيلاً » .

(٣) سقط من : م .

وَأَنَّ قَالَ الْمُشْتَرِي : اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ . وَأَقَامَ الْبَائِعُ بَيِّنَةً أَنَّهُ بَاعَهُ بِالْفَيْنِ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِأَلْفٍ . وَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِي : غَلَطْتُ . فَهَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٢٤٢٣ - مسألة : (وَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِي : اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ . وَأَقَامَ الْبَائِعُ بَيِّنَةً أَنَّهُ بَاعَهُ بِالْفَيْنِ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِأَلْفٍ . فَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِي : غَلَطْتُ . فَهَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَهُ بِمَا قَالَ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي مُقَرَّرٌ لَهُ بِاسْتِحْقَاقِهِ بِأَلْفٍ ، وَيَدَّعِي أَنَّ الْبَائِعَ ظَلَمَهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ حَكَّمَ الْحَاكِمُ بِالْفَيْنِ أَخْذَهُ الشَّفِيعُ بِهِمَا ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ إِذَا حَكَّمَ عَلَيْهِ (١) بِالْبَيِّنَةِ ، بَطَلَ قَوْلُهُ ، وَثَبَّتَ مَا حَكَّمَ بِهِ الْحَاكِمُ (٢) . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُشْتَرِي يُقَرَّرُ بِأَنَّ هَذِهِ الْبَيِّنَةُ كَاذِبَةٌ ، وَأَنَّهُ ظَلِمَ بِأَلْفٍ ، فَلَمْ يُحَكِّمْ لَهُ بِهِ ، وَإِنَّمَا حَكَّمَ بِهَا لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُكَذِّبُهَا . [١٣٨/٥ ظ] فَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِي : صَدَقَتِ الْبَيِّنَةُ وَكُنْتُ أَنَا كَاذِبًا - أَوْ - نَاسِيًا . فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ ؛ لِأَنَّهُ رُجُوعٌ عَنْ إِقْرَارٍ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ آدَمِيِّ غَيْرِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ أَقَرَّ

قوله : وَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِي : اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ . وَأَقَامَ الْبَائِعُ بَيِّنَةً أَنَّهُ بَاعَهُ بِالْفَيْنِ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِأَلْفٍ - بِلا نزاع - وَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِي : غَلَطْتُ - أَوْ نَسِيتُ ، أَوْ كَذَبْتُ - فَهَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلَقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ،

(١) سقط من : م .

له بدّين . والثاني ، يُقْبَلُ قَوْلُهُ . قال القاضي : هو قياسُ المذهبِ عندي ، كما لو أُخْبِرَ في المُرَابَحَةِ بِثَمَنِ ، ثم قال : غَلِطْتُ ، وَالثَّمَنُ أَكْثَرُ . قُبِلَ قَوْلُهُ مع يَمِينِهِ ، بل هُنَا أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِكَذِبِهِ ، وَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِخِلَافِ قَوْلِهِ ، فَقُبِلَ رُجُوعُهُ عَنِ الْكَذِبِ . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْبَائِعِ بَيِّنَةٌ ، فَتَحَالَفَا ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْبَائِعُ ، فَإِنْ أَرَادَ أَخْذَهُ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ لِلْبَائِعِ فَسْخَ الْبَيْعِ ، وَأَخْذَهُ بِمَا قَالَ الْمُشْتَرِي يَمْنَعُ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى الْإِزَامِ الْعَقْدِ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي ، وَلَا يَمْلِكُ ذَلِكَ . فَإِنْ رَضِيَ الْمُشْتَرِي بِأَخْذِهِ بِمَا قَالَ الْبَائِعُ ، جَازَ ، وَمَلَكَ الشَّفِيعُ أَخْذَهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ مِنَ الْفَسْخِ قَدْ زَالَ . فَإِنْ عَادَ الْمُشْتَرِي فَصَدَّقَ الْبَائِعُ ، وَقَالَ : الثَّمَنُ أَلْفَانِ وَكُنْتُ غَالِطًا . فَهَلْ لِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، كَمَا لَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ .

و « التَّلْخِيسِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَاتِقِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقْبَلُ قَوْلُهُ . قال القاضي : قياسُ المذهبِ عندي ، يُقْبَلُ قَوْلُهُ ، كما لو أُخْبِرَ في المُرَابَحَةِ . ثم قال : غَلِطْتُ . بل هُنَا أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَامَتِ بَيِّنَةٌ بِكَذِبِهِ . قال الحارثي : هَذَا الْأَقْوَى . قال في « الْهِدَايَةِ » ، لَمَّا أَطْلَقَ الْوَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى الْمُخْبِرِ فِي المُرَابَحَةِ ، إِذَا قَالَ : غَلِطْتُ . وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ أَكْثَرَ الْأَصْحَابِ قَبِلُوا قَوْلَهُ فِي ادِّعَائِهِ غَلْطًا فِي المُرَابَحَةِ . وَصَحَّحَهُ هُنَا فِي « التَّصْحِيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يُقْبَلُ . قَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ عَلَى

فصل : ولو اشترى شقصاً له شفيعان ، فادّعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة ، وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفوهِ عن شفعته ، لم تُقبل شهادته ؛ لأنه يجزئ إلى نفسه نفعاً ، وهو توفّر الشفعة عليه . فإذا رُدَّتْ شهادته ، ثم عفا عن الشفعة ، ثم أعاد تلك الشهادة ، لم تُقبل ؛ لأنها رُدَّتْ للثُّمَّة ، فلم تُقبل بعد زوالها ، كشهادة الفاسق إذا رُدَّتْ ثم تاب وأعادها ، لم تُقبل . ولو لم يشهد حتى عفا ، قبلت شهادته ؛ لعدم الثُّمَّة ، ويخلف المشتري مع شهادته . ولو لم تكن بيّنة ، فالقول قول المنكر مع يمينه . وإن كانت الدّعى على الشفيعين معاً ، فحلّفا ، ثبتت الشفعة . وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، نظرنا في الحالف ؛ فإن صدّق شريكه في الشفعة في أنه لم يعف ، لم يحتج إلى يمين ، وكانت الشفعة بينهما ؛ لأن الحق له ، فإن الشفعة تتوفّر عليه إذا سقطت شفعة شريكه . وإن ادّعى أنه عفا ، فنكل ، قضى له بالشفعة كلها . وسواء ورثا الشفعة

ما اضطلّحناه . ونقل أبو طالب في المُرَابَحَةِ ، إن كان البائع معروفاً بالصدق ، قبل قوله ، وإلا فلا . قال الحارثي : فيخرج مثله هنا . قال : ومن الأصحاب من أبى الإلحاق بمسألة المُرَابَحَةِ . قال ابن عقيل : عندي أن دَعْوَاهُ لا تُقبل ؛ لأن مذهبنا أن الذرائع محسومة ، وهذا فتح لباب الاستدراك لكل قول يُوجب حقاً . ثم فرق بأن المُرَابَحَةَ كان فيها أميناً ، حيث رُجع إليه في الإخبار بالثمن ، وليس المشتري أميناً للشفيع ، وإنما هو خصمه ، فافترقا . وقال في « الرعاية الكبرى » : وقيل : يتحالفان ، ويُفسخ البيع ، ويأخذه بما حلف عليه البائع لا المشتري .

[١٣٩/٥ و] أو كانا شَرِيكَيْنِ . فَإِنْ شَهِدَ أَجْنَبِيٌّ بِعَفْوِ أَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ ، وَاجْتِنِاحِ إِلَى يَمِينٍ مَعَهُ قَبْلَ عَفْوِ الْآخَرِ ، حَلَفَ ، وَأَخَذَ الْكُلَّ بِالشُّفْعَةِ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ ، حَلَفَ الْمُشْتَرِي ، وَسَقَطَتِ الشُّفْعَةُ . وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً شُفْعَاءَ ، فَشَهِدَ اثْنَانِ مِنْهُمْ عَلَى الثَّالِثِ بِالْعَفْوِ بَعْدَ عَفْوِهِمَا ، قُبِلَتْ ، وَإِنْ شَهِدَا قَبْلَهُ رُدَّتْ . وَإِنْ شَهِدَا بَعْدَ عَفْوِ أَحَدِهِمَا وَقَبْلَ عَفْوِ الْآخَرِ ، رُدَّتْ شَهَادَةُ غَيْرِ الْعَافِي ، وَقُبِلَتْ شَهَادَةُ الْعَافِي . وَإِنْ شَهِدَ الْبَائِعُ بِعَفْوِ الشَّفِيعِ عَنْ شُفْعَتِهِ بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ . وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ ، قُبِلَتْ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ عِنْدَهُ . وَالثَّانِي ، لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَصْدُ ذَلِكَ لِيُسَهِّلَ اسْتِيفَاءَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَأْخُذُ الشَّقْصَ مِنَ الشَّفِيعِ ، فَيُسَهِّلُ عَلَيْهِ وَفَاؤُهُ ، أَوْ يَتَعَذَّرُ عَلَى الْمُشْتَرِي الْوَفَاءَ لِفَلْسِهِ ، فَيَسْتَحِقُّ اسْتِرْجَاعَ الْمَبِيعِ . وَإِنْ شَهِدَ لِمُكَاتَبِهِ بِعَفْوِ شُفْعَتِهِ ^(١) ، أَوْ شَهِدَ بِشَرَاءِ شَيْءٍ لِمُكَاتَبِهِ فِيهِ شُفْعَةٌ ، لَمْ تُقْبَلْ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ عَبْدُهُ ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ ، كَمُدْبَرِهِ ، وَلِأَنَّ مَا يَحْصُلُ لِلْمُكَاتَبِ يَنْتَفِعُ بِهِ السَّيِّدُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ عَجَزَ صَارَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْجِزْ ، سَهَّلَ عَلَيْهِ وَفَاؤُهُ . وَإِنْ شَهِدَ عَلَى مُكَاتَبِهِ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَّهِمٍ ، فَأُشْبِهَ الشَّهَادَةَ عَلَى وَلَدِهِ .

(١) كَذَا بِالنَّسْخِ وَفِي بَعْضِ نَسْخِ الْمَغْنَى : « شَفِيعَهُ » ، وَفِي بَعْضِهَا : « شُفْعَةٌ » .

المقنع وَإِنْ ادَّعَى أَنَّكَ اشْتَرَيْتَهُ بِأَلْفٍ ، قَالَ : بَلِ اتَّهَبْتُهُ . أَوْ : وَرِثْتُهُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . فَإِنْ نَكَلَ عَنْهَا ، أَوْ قَامَتْ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ ، فَلَهُ أَخْذُهُ ، وَيُقَالُ لِلْمُشْتَرِي : إِمَّا أَنْ تَقْبَلَ الثَّمَنَ ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِئَ مِنْهُ .

٢٤٢٤ - مسألة : (وَإِنْ ادَّعَى أَنَّكَ اشْتَرَيْتَهُ بِأَلْفٍ ، قَالَ : بَلِ اتَّهَبْتُهُ . أَوْ : وَرِثْتُهُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . فَإِنْ نَكَلَ ، أَوْ قَامَتْ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ ، فَلَهُ أَخْذُهُ ، وَيُقَالُ لِلْمُشْتَرِي : إِمَّا أَنْ تَقْبَلَ الثَّمَنَ ، أَوْ تُبْرِئَ مِنْهُ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى الشَّفِيعُ عَلَى بَعْضِ الشُّرَكَاءِ أَنَّكَ اشْتَرَيْتَ نَصِيْبَكَ ، فَلِيَ أَخْذُهُ بِالشُّفْعَةِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى تَحْرِيرِ دَعْوَاهُ ، فَيُحَدِّدُ الْمَكَانَ الَّذِي فِيهِ الشَّقْصُ ، وَيَذْكُرُ قَدْرَ الشَّقْصِ وَالثَّمَنَ ، وَيَدْعِي الشُّفْعَةَ فِيهِ ، فَإِذَا ادَّعَى ، سُئِلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَإِنْ أَقَرَّ ، لَزِمَهُ ، وَإِنْ أَنْكَرَ وَقَالَ : إِنَّمَا اتَّهَبْتُهُ . أَوْ : وَرِثْتُهُ ، فَلَا شُفْعَةَ لَكَ فِيهِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَنْفِيهِ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ نَصِيْبَهُ مِنْ غَيْرِ شُفْعَةٍ ، فَإِنْ حَلَفَ ، بَرِيءٌ ، وَإِنْ نَكَلَ ، قُضِيَ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ : لَا يَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شُفْعَةٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَيَكُونُ

الشرح الكبير

قوله : وَإِنْ ادَّعَى أَنَّكَ اشْتَرَيْتَهُ بِأَلْفٍ ، فَقَالَ : بَلِ اتَّهَبْتُهُ أَوْ وَرِثْتُهُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ - بَلَا نِزَاعَ - فَإِنْ نَكَلَ عَنْهَا ، أَوْ قَامَتْ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ ، فَلَهُ أَخْذُهُ ، وَيُقَالُ لِلْمُشْتَرِي : إِمَّا أَنْ تَقْبَلَ الثَّمَنَ ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِئَ مِنْهُ . اَعْلَمْ أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى الشَّفِيعُ عَلَى بَعْضِ الشُّرَكَاءِ دَعْوَى مُحَرَّرَةٍ بِأَنَّهُ اشْتَرَى نَصِيْبَهُ ، فَلَهُ أَخْذُهُ بِالشُّفْعَةِ ، وَأَنْكَرَ الشَّرِيكَ ، وَقَالَ : إِنَّمَا اتَّهَبْتُهُ . أَوْ : وَرِثْتُهُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، فَإِنْ نَكَلَ عَنْ

الإنصاف

يَمِينُهُ عَلَى حَسَبِ كَوْنِهِ^(١) فِي الْإِنْكَارِ ، وَإِذَا نَكَلَ وَقُضِيَ عَلَيْهِ بِالشُّفْعَةِ ، عَرَضَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ ، فَإِذَا أَخَذَهُ دَفَعَ إِلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ : لَا أَسْتَحِقُّهُ . فَفِيهِ [١٣٩/٥ ظ] ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، يُقَرُّ فِي يَدِ الشَّفِيعِ إِلَى أَنْ يَدَّعِيَهُ الْمُشْتَرِي ، فَيُدْفَعُ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ لَهُ بَدَارٍ فَأَنْكَرَهَا . وَالثَّانِي ، يَأْخُذُهُ الْحَاكِمُ ، فَيَحْفَظُهُ لَصَاحِبِهِ إِلَى أَنْ يَدَّعِيَهُ ، وَمَتَى ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي ، دَفَعَ إِلَيْهِ . وَالثَّالِثُ ، يُقَالُ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَقْبِضَهُ ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِئَ مِنْهُ . كَسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ إِذَا جَاءَهُ الْمُكَاتَبُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، فَادَّعَى أَنَّهُ حَرَامٌ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَهَذَا يُفَارِقُ الْمُكَاتَبَ ؛ لِأَنَّ سَيِّدَهُ يُطَالِبُهُ بِالْوَفَاءِ مِنْ غَيْرِ هَذَا الَّذِي أَتَاهُ بِهِ ، فَلَا يَلْزِمُهُ ذَلِكَ بِمُجَرَّدِ دَعْوَى سَيِّدِهِ تَحْرِيمَ مَا أَتَاهُ بِهِ ، وَهَذَا لَا يُطَالِبُ الشَّفِيعَ بِشَيْءٍ ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُكَلَّفَ الْإِبْرَاءَ مِمَّا لَا^(٢) يَدَّعِيَهُ . وَالْوَجْهُ الْأَوَّلُ أَوْلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

الْيَمِينِ ، أَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ لِلشَّفِيعِ بِالشَّرَاءِ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ وَدَفْعُ الثَّمَنِ إِلَيْهِ . فَإِنْ قَالَ : لَا أَسْتَحِقُّهُ . فَجَزَمَ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، أَنْ يُقَالَ لِلْمُشْتَرِي : إِمَّا أَنْ تَقْبَلَ الثَّمَنَ ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِئَ مِنْهُ ، كَالْمُكَاتَبِ إِذَا جَاءَ بِالنَّجْمِ قَبْلَ وَقْتِهِ . وَهَذَا أَحَدُ الْوُجُوهِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، عَلَى مَا يَأْتِي قَرِيبًا . وَقِيلَ : يَبْقَى فِي يَدِ الشَّفِيعِ إِلَى أَنْ يَدَّعِيَهُ الْمُشْتَرِي ، فَيُدْفَعُ إِلَيْهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَهَذَا أَوْلَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَنَقَلَ غَيْرُهُ أَنَّهُ الْمَذْهَبُ . وَقِيلَ : يَأْخُذُهُ الْحَاكِمُ يَحْفَظُهُ لَصَاحِبِهِ

(١) فِي م : « قَوْلُهُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ م :

فصل : فإن قال : اشترَيْتُهُ لِفُلَانٍ . وكان حاضراً ، استدَّعاه الحاكمُ وسأله ، فإن صدَّقه ، كان الشراءُ له والشفعةُ عليه . وإن قال : هذا ملكي ، ولم اشتره . انتقلتِ الخصومةُ إليه ، وإن كذَّبه ، حكَمَ بالشراءِ لمن اشتراه ، وأخذَ منه بالشفعةِ . وإن كان المقرُّ له غائباً ، أخذَه الحاكمُ ودفعَه إلى الشفيعِ ، وكان الغائبُ على حُجَّتِهِ إذا قَدِمَ ؛ لأنَّا لو وَقَفْنَا الأمرَ في الشفعةِ إلى حُضُورِ المقرِّ له ، كان في ذلك إسقاطُ الشفعةِ ؛ لأنَّ كلَّ مُشْتَرٍ يدَّعي أَنَّهُ لغائبٍ . وإن قال : اشترَيْتُهُ لابْنِي الطِّفْلِ . أو : لهذا الطِّفْلِ . وله عليه ولايةٌ ، لم تثبتِ الشفعةُ ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ المِلْكَ ثَبَتَ للطِّفْلِ ، ولا تَجِبُ الشفعةُ بإقرارِ الوليِّ عليه ؛ لأنَّه إيجابُ حقٍّ في مالٍ صَغِيرٍ بإقرارِ وَلِيِّهِ . والثاني ، تثبُتُ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ الشراءَ له ، فصَحَّ إقرارُه فيه ، كما يَصِحُّ إقرارُه بعَيْبٍ في مَبِيعِهِ . فأما إن ادَّعى عليه شفعةً في شَقِصٍ ، فقال : هذا لِفُلَانٍ الغائبِ . أو : لِفُلَانِ الطِّفْلِ . ثم أقرَّ بِشِرائِهِ له ، لم تثبتْ فيه الشفعةُ ، إِلَّا أن تثبُتَ بَيِّنَةٌ ، أو يَقْدَمَ الغائبُ ، وَيُنْلَعِ الطِّفْلُ ، فَيُطالِبَهُمَا

إلى أن يدَّعيه ، فمتى ادَّعاه المُشْتَرِي ، دفعَ إليه . وأطلقَهُنَّ في « المعنى » ، و « الشَّرْح » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، وأطلقَ الأخيرَتين في « التَّلْخِص » .

تنبيه : محلُّ الخلافِ عندَ المُصنِّفِ ، والشارِحِ ، وصاحبِ « الفروع » ، و « الفائق » ، وغيرهم ، حيثُ أصرَّ على الهبةِ أو الإرثِ ، وقامتْ بَيِّنَةٌ بالشراءِ . ومحلُّ الخلافِ عندَ صاحبِ « الرِّعَايَتَيْنِ » ، و « النِّظَم » ، و « الحاوي الصَّغِير » ، و « تَذَكُّرَةِ ابنِ عَبْدِوسٍ » ، على قولِ القاضي ، فَقَطَعَ هؤلاءُ بأنَّ

بها ؛ لأنَّ المِلَّكَ ثَبَتَ لهما بإقراره به ، وإقراره بالشراء بعد ذلك إقرارٌ في ملكٍ غيره ، فلا يُقْبَلُ ، بخلاف ما إذا أقرَّ بالشراء ابتداءً ؛ لأنَّ المِلَّكَ ثَبَتَ لهما بذلك الإقرار المُنْتَبِثُ لِلشُّفْعَةِ ، فثَبَتَا جَمِيعًا . وإن لم يَذْكُرْ سَبَبَ المِلَّكِ ، لم يَسْأَلْهُ الحَاكِمُ عنه ، ولم يُطَالَبْ ببيانه ؛ لأنَّه لو صرَّحَ بالشراء لم تَثْبُتْ به شُفْعَةٌ ، فلا فائدة في الكشف عنه . ومذهبُ الشافعي في [١٤٠/٥] هذا الفصل كله كَمَذْهَبِنَا .

فصل : وإذا كانت دارٌ بينَ حاضِرٍ وغائبٍ ، فادَّعى الحاضِرُ على مَنْ في يَدِهِ نَصِيبُ الغائبِ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ ، وَأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ بِالشُّفْعَةِ ، فَصَدَّقَهُ ، فَلِلشُّفْعِيعِ أَخْذُهُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ مَنْ في يَدِهِ العَيْنُ يُصَدَّقُ في تَصَرُّفِهِ فيما في يَدِهِ . وبهذا قال أبو حنيفة ، وأصحابه . ولأصحابِ الشافعي في ذلك وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، ليس له أَخْذُهُ ؛ لأنَّ هذا إقرارٌ على غيره . ولنا ، أَنَّهُ أَقَرَّ بما في يَدِهِ ، فُقْبِلَ إقراره ، كما لو أَقَرَّ بأصلِ مِلْكِهِ . وهكذا لو ادَّعى عليه أَنَّكَ بَعْتَ نَصِيبَ الغائبِ بِإِذْنِهِ ، وَأَقَرَّ له الوَكِيلُ ، كان كإقرارِ البائعِ بالبَّيْعِ . فإذا قَدِمَ الغائبُ فَأَنْكَرَ البَّيْعَ ، أو الإِذْنَ في البَّيْعِ ، فالقولُ قولُهُ مع يَمِينِهِ ، وَيَنْتَرِغُ الشَّقْصَ ، وَيُطَالَبُ بِأَجْرَتِهِ مَنْ شاءَ مِنْهُما ، وَيَسْتَقِرُّ

يُقَالُ : إِمَّا أَنْ تَقْبَلَ الثَّمَنَ أَوْ تُبْرَى . فَإِنْ أَبَى مِنْ ذَلِكَ ، فَيَأْتِي الْخِلَافُ ؛ وَهُوَ أَنَّهُ هَلْ يَكُونُ عِنْدَ الشُّفْعِيعِ أَوْ الْحَاكِمِ ؟ فَقَدَّمَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، أَنَّهُ يَكُونُ عِنْدَ الشُّفْعِيعِ . وَقَطَعَ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ ، أَنَّهُ يَكُونُ عِنْدَ الْحَاكِمِ يَحْفَظُهُ لَهُ .

الضمان على الشفيع ؛ لأن المنافع تَلَفَتْ تحت يده ؛ فإن طالب الوكيل ، رَجَعَ على الشفيع ، وإن طالب الشفيع ، لم يَرْجِعْ على أحدٍ . وإن ادَّعى على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذي في يدك ، فأنكر ، وقال : إنما أنا وكيل فيه . أو : مُستودع له . فالقول قوله مع يمينه . وإن كان للمدَّعي بينة ، حُكِمَ بها . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب ؛ لأن القضاء ههنا على الحاضر ، لوجوب الشفعة عليه ، واستحقاقه انتزاع الشقص من يده ، فحصل القضاء على الغائب ضمناً . فإن لم تكن بينة ، وطلب الشفيع يمينه^(١) ، ونكل الشفيع^(٢) عنها ، احتمل أن يقضى عليه ؛ لأنه لو أقر لقضى عليه ، فكذلك إذا نكل . واحتمل أن لا يقضى عليه ؛ لأنه قضاء على الغائب بغير بينة ولا إقرار من الشقص في يده .

فصل : وإذا ادَّعى على رجل شفعة في شقص اشتراه ، فقال : ليس له ملك في شركتي . فعلى الشفيع إقامة البينة بالشركة . وبه قال أبو حنيفة ، ومحمد ، والشافعي . وقال أبو يوسف : إذا كان في يده ، استحق الشفعة به ؛ لأن الظاهر من اليد الملك . ولنا ، أن الملك لا يثبت بمجرد اليد ، وإذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة ، لم تثبت ، ومجرد

(١) في م : « بينة » .

(٢) في م : « الوكيل » .

الظاهر لا يكفي ، كما لو ادعى ولد أمة في يده . فإن ادعى أن المدعى^(١) يعلم أنه شريك ، فعلى المشتري اليمين أنه لا يعلم ذلك ؛ لأنها يمين على نفى فعل الغير [١٤٠/٥ ط] فكانت على العلم ، كاليمين على نفى دين الميت ، فإذا حلف ، سقطت دعواه ، وإن نكل ، قضى عليه .

فصل : إذا ادعى على شريكه ، أنك اشتريت نصيبك من عمرو ، فلي شفعته . فصدقه عمرو ، وأنكر الشريك ، وقال : بل ورثته من أبي . فأقام المدعى بينة أنه كان ملك عمرو ، لم تثبت الشفعة بذلك . وقال محمد : تثبت ، ويقال له : إما أن تدفعه وتأخذ الثمن ، وإما أن تردّه إلى البائع ، فإيا حذه الشفيع ؛ لأنهما شهدا بالملك لعمرو ، فكأنهما شهدا بالبيع . ولنا ، أنهما لم يشهدا بالبيع ، وإقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل ؛ لأنه إقرار على غيره ، فلا يقبل في حقه ، ولا تقبل شهادته عليه ، وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع ، فصار بمنزلة ما لو حلف : أني ما اشتريت الدار . فقال من كانت الدار ملكه : أنا بعته إياها . لم يقبل عليه في الحث ، ولا يلزم عليه^(٢) إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده ، وأنكر المشتري الشراء ؛ لأن الذي في يده الدار مقرر بها للشفيع ، ولا منازع له^(٣) فيها سواه ، وههنا من الدار في يده يدعيها لنفسه ، والمقرر

(١) في م : « المدعى عليه » .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل .

المقنع وَإِنْ كَانَ عَوْضًا فِي الْخُلْعِ أَوْ النِّكَاحِ أَوْ عَنْ دَمٍ عَمْدٍ ، فَقَالَ الْقَاضِي : يَأْخُذُهُ بِقِيمَتِهِ . وَقَالَ غَيْرُهُ : يَأْخُذُهُ بِالذِّيَّةِ وَمَهْرِ الْمِثْلِ .

الشرح الكبير بالبيع لا شيء في يده ، ولا يقدر على تسليم^(١) الشقص ، فافترقا . ٢٤٢٥ - مسألة : (وإن كان عوضًا في الخلع) والصدّاق والصلح (عن دم العمد) وقلنا بوجوب الشفعة فيه (فقال القاضي : يأخذه بقيمته) قال : وهو قياس قول ابن حامد . وهو قول مالك ، وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ؛ لأنه ملك الشقص القابل للشفعة ببدل ليس له مثل ، فوجب الرجوع إلى قيمته في الأخذ بالشفعة ، كما لو باعه بسلعة لا مثل لها ، ولأننا لو أوجبنا مهر المثل ، لأفضى إلى تقويم البضع على الجانب ، وأضرّ بالشفيع ؛ لأن المهر يتفاوت مع المسمى ، لتسامح الناس فيه في العادة ، بخلاف البيع (وقال غير القاضي : يأخذه بالذية ومهر المثل) وحكاها الشريف أبو جعفر عن ابن حامد . وهو قول

الإنصاف قوله : وإن كان عوضًا في الخلع ، أو النكاح ، أو عن دم العمد ، فقال القاضي : يأخذه بقيمته . قال القاضي ، وابن عقيل : قياس قول ابن حامد الأخذ بقيمة الشقص . وهو الصحيح . اختاره ابن عبدوس في « تذكرته » ، وصاحب « الفائق » . وصححه [٢١٥/٢] في « النظم » . وقدمه في « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوى الصغير » . وقطع به في « الهداية » . وقال غيره :

(١) في م : « تقسيم » .

فَصْلٌ : وَلَا شُفْعَةَ فِي بَيْعِ الْخِيَارِ قَبْلَ انْقِضَائِهِ . نَصٌّ
عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَجِبَ .

الشرح الكبير

الْعُكْلِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ الشُّقْصَ بَدَلِ لَيْسَ لَهُ مِثْلٌ ، فَيَجِبُ
الرُّجُوعُ إِلَى قِيَمَةِ الْبَدَلِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ نَقْدًا وَلَا مِثْلِيًّا ، وَعَوَاضُ الشُّقْصِ
هُوَ الْبُضْعُ ، وَقِيَمَةُ الْبُضْعِ مَهْرُ الْمِثْلِ .

فصل : قال الشيخ ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : (وَلَا شُفْعَةَ فِي بَيْعِ الْخِيَارِ
قَبْلَ انْقِضَائِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَجِبَ) لَا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ [١٤١/٥]

يَأْخُذُهُ بِالذِّبَةِ وَمَهْرُ الْمِثْلِ . اخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ ، حَكَاهُ عَنْهُ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ
وغيره . وَمُقْتَضَى قَوْلِ الْمُصَنِّفِ أَنَّ غَيْرَ الْقَاضِي مِنَ الْأَصْحَابِ قَالَ ذَلِكَ . وَفِيهِ
نَظَرٌ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » .

تَنْبِيهِ : هَذَا الْخِلَافُ مُفَرَّغٌ عَلَى الْقَوْلِ بِثُبُوتِ الشُّفْعَةِ فِي ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ
حَامِدٍ ، وَجَمَاعَةٍ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ أَوَّلَ الْبَابِ . وَتَقَدَّمَ التَّنْبِيهُ أَيْضًا عَلَى الْخِلَافِ هُنَاكَ ،
وَأَمَّا عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، فَلَا يَأْتِي الْخِلَافُ .

فائدة : تَقْوِيمُ الشُّقْصِ ، أَوْ تَقْوِيمُ مُقَابِلِهِ ، عَلَى كِلَا الْوَجْهَيْنِ ، مُعْتَبَرٌ فِي الْمَهْرِ
بِیَوْمِ النِّكَاحِ ، وَفِي الْخُلْعِ بِیَوْمِ الْبَيِّنُونَةِ . وَإِنْ كَانَ مُتَعَةً فِي طَلَاقٍ ، فَعَلَى الْأَوَّلِ ،
يَأْخُذُ بِقِيَمَتِهِ . وَعَلَى الثَّانِي ، يَأْخُذُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، كَمَا
فِي الْخُلْعِ بِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَأْخُذَ بِمُتَعَةٍ مِثْلِهَا . قَالَ : وَهُوَ الْأَقْرَبُ .

قوله : وَلَا شُفْعَةَ فِي بَيْعِ الْخِيَارِ قَبْلَ انْقِضَائِهِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ
جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ »

في بَيْعِ الْخِيَارِ قَبْلَ انْقِضَائِهِ ، سَوَاءٌ كَانَ الْخِيَارُ لهما أَوْ لِأَحَدِهِمَا وَحده ،
أَيُّهُمَا كَانَ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَتَخَرَّجُ أَنْ تُثْبِتَ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ
انْتَقَلَ ، فَثَبَّتِ الشُّفْعَةُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، كَمَا بَعْدَ انْقِضَائِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ :
إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ أَوْ لهما ، لَمْ تُثْبِتِ الشُّفْعَةُ حَتَّى يَقْضَى ؛ لِأَنَّ فِي الْأَخْذِ
بِهَا إِسْقَاطَ حَقِّ الْبَائِعِ مِنَ الْفَسْخِ ، وَالْإِزَامَ لِلْبَيْعِ فِي حَقِّهِ بِغَيْرِ رِضَاهُ ، وَلِأَنَّ
الشَّفِيعَ إِنَّمَا يَأْخُذُ مِنَ الْمُشْتَرَى وَلَمْ يَنْتَقِلِ الْمَلِكُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ الْخِيَارُ
لِلْمُشْتَرَى ، فَقَدْ انْتَقَلَ الْمَلِكُ إِلَيْهِ ، وَلَا حَقَّ لغيرِهِ فِيهِ ، وَالشَّفِيعُ يَمْلِكُ
أَخْذَهُ بَعْدَ لُزُومِ الْبَيْعِ وَاسْتِقْرَارِ الْمَلِكِ ، فَلِأَنَّ يَمْلِكُ ذَلِكَ قَبْلَ لُزُومِهِ
أَوَّلَى ، وَغَايَةُ مَا يُقَدَّرُ ثُبُوتُ الْخِيَارِ لَهُ ، وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ ،

وغيره . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » ، فِي الْفَائِدَةِ الرَّابِعَةِ : وَأَمَّا الشُّفْعَةُ ، فَلَا تُثْبِتُ فِي مُدَّةِ
الْخِيَارِ عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ ، عِنْدَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ . فَمِنْ
الْأَصْحَابِ مَنْ عَلَّلَ بِأَنَّ الْمَلِكَ لَمْ يَسْتَقِرَّ . وَعَلَّلَ الْقَاضِي ، فِي « خِلَافِهِ » بِأَنَّ الْأَخْذَ
بِالشُّفْعَةِ يَسْقِطُ حَقَّ الْبَائِعِ مِنَ الْخِيَارِ ، وَلِذَلِكَ لَمْ تَجْزِ الْمُطَالَبَةُ فِي مُدَّتِهِ . فَعَلَى
هَذَا ، لَوْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرَى وَحده ، ثَبَّتَتِ الشُّفْعَةُ . انْتَهَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَجِبَ
مُطْلَقًا ، وَهُوَ تَخْرِيجُ لِأَبِي الْخَطَّابِ . يَعْنِي ، إِذَا قُلْنَا بِانْتِقَالِ الْمَلِكِ . وَقِيلَ : تَجِبُ
فِي خِيَارِ الشَّرْطِ ، إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرَى . وَهُوَ مُقْتَضَى تَعْلِيلِ الْقَاضِي فِي
« خِلَافِهِ » ، كَمَا قَالَ فِي « الْفَوَائِدِ » عَنْهُ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي الْخِيَارِ فِي الْبَيْعِ ، بَعْدَ
قَوْلِهِ : وَيَنْتَقِلُ الْمَلِكُ إِلَى الْمُشْتَرَى بِنَفْسِ الْعَقْدِ .

فَائِدَةٌ : حُكْمُ خِيَارِ الْمَجْلِسِ ، حُكْمُ خِيَارِ الشَّرْطِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ »

وغيره .

كما لو وجد به عيباً . وللشافعي قولان كالمذهبيين . ولنا ، أنه مبيع فيه الخيار ، فلم تثبت فيه ^(١) الشفعة ، كما لو كان للبائع ؛ وذلك لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضاه ، ويوجب العهدة عليه ، وتفوت حقه من الرجوع في عين الثمن ، فلم يجز ، كما لو كان الخيار للبائع ، فإننا إنما منعنا من الشفعة لما فيه من إبطال خيار البائع ، وتفويت حق الرجوع في عين ماله ، وهما في نظر الشرع على سواء . وفارق الرد بالعيب ؛ فإنه إنما ثبت لاستدراك الظلامة ، وذلك يزول بأخذ الشفيع ، فإن باع الشفيع حصته في مدة الخيار عالماً ببيع الأول ، سقطت شفعته ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى .

فصل : وبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة ، وثبوت الشفعة ، وسائر الأحكام ، إذا باع بثمن المثل ، سواء كان لوارث أو غير وارث . وبهذا قال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه ؛ لأنه محجور عليه في حقه ، فلم يصح بيعه ، كالصبي . ولنا ، أنه إنما حجر عليه في التبرع في حقه ، فلم يمنع الصحة فيما سواه ، كالأجنبي إذا لم يزد على التبرع بالثلث ؛ وذلك لأن الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره ، كما أن الحجر على المرتهن في [١٤١/٥ ط] الرهن لا يمنع التصرف في غيره ، والحجر على المفلس في ماله لا يمنع التصرف في ذمته . فأما بيعه بالمحاباة فلا

يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَوَارِثٍ أَوْ لغيرِهِ ، فَإِنْ كَانَ لَوَارِثٍ ، بَطَلَتِ الْمُحَابَاةُ ؛ لِأَنَّهَا فِي الْمَرَضِ بِمَنْزِلَةِ مُحَابَاةِ الْوَصِيَّةِ ، ^(١) وَالْوَصِيَّةُ لَوَارِثٍ لَا تَجُوزُ ، وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ فِي قَدْرِ الْمُحَابَاةِ مِنَ الْمَبِيعِ . وَهَلْ يَصِحُّ فِيمَا عَدَاهُ ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ ؛ أَحَدُهَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ ^(٢) «بَذَلَ الثَّمَنَ» فِي كُلِّ الْمَبِيعِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي بَعْضِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ بَعَشْرَةَ . فَقَالَ : قَبِلْتُ الْبَيْعَ فِي نِصْفِهِ . أَوْ قَالَ : قَبِلْتُهُ بِخَمْسَةِ . أَوْ : قَبِلْتُ نِصْفَهُ بِخَمْسَةِ . وَلِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَصْحِيحُ الْبَيْعِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي تَوَاجَبَا عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . الثَّانِي ، أَنَّهُ يَبْطُلُ الْبَيْعُ فِي قَدْرِ الْمُحَابَاةِ ، وَيَصِحُّ فِيمَا يُقَابِلُ الثَّمَنَ الْمُسَمَّى ، وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ بَيْنَ الْأَخْذِ وَالْفَسْخِ ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ تَفَرَّقَتْ عَلَيْهِ ، وَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ مَا صَحَّ فِيهِ الْبَيْعُ . وَإِنَّمَا قُلْنَا بِالصَّحَّةِ ؛ لِأَنَّ الْبُطْلَانَ إِنَّمَا جَاءَ مِنَ الْمُحَابَاةِ ، فَاخْتَصَّ بِمَا قَابَلَهَا . الثَّالِثُ ، أَنَّهُ يَصِحُّ فِي الْجَمِيعِ ، وَيَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ صَحِيحَةٌ فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ ، وَتَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، فَكَذَلِكَ الْمُحَابَاةُ لَهُ ، فَإِنْ أَجَازُوا الْمُحَابَاةَ ، صَحَّ الْبَيْعُ فِي الْجَمِيعِ ، وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي ، وَيَمْلِكُ الشَّفِيعُ الْأَخْذَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ بِالثَّمَنِ ، وَإِنْ رَدُّوا ، بَطَلَ الْبَيْعُ فِي قَدْرِ الْمُحَابَاةِ ، وَصَحَّ فِيمَا بَقِيَ . وَلَا يَمْلِكُ الشَّفِيعُ الْأَخْذَ قَبْلَ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ وَرَدُّهُمْ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ مُتَعَلِّقٌ بِالْمَبِيعِ ^(٣) ، فَلَمْ

(١ - ١) فِي م : « فِي الْوَصِيَّةِ » .

(٢ - ٢) فِي م : « أَبْرَأَ الضَّامِنِ » .

(٣) فِي م : « بِالْبَيْعِ » .

يَمْلِكُ إِنْطَالَهُ ، وله أَخْذُ مَا صَحَّ الْبَيْعُ فِيهِ ، فَإِنْ اخْتَارَ الْمُشْتَرِي الرَّدَّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ ، وَفِي الَّتِي قَبْلَهَا ، وَاخْتَارَ الشَّفِيعُ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ ، قُدِّمَ الشَّفِيعُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَجَرَى مَجْرَى الْمَعِيبِ إِذَا رَضِيَ الشَّفِيعُ بَعِيهِ .

فصل : إِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي أَجْنَبِيًّا ، وَالشَّفِيعُ أَجْنَبِيًّا ، فَإِنْ لَمْ تَزِدِ الْمُحَابَاةَ عَلَى الثَّلْثِ ، صَحَّ الْبَيْعُ ، وَلِلشَّفِيعِ الْأَخْذُ بِذَلِكَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ حَصَلَ بِهِ ، فَلَا يَمْنَعُ مِنْهَا كَوْنُ الْمَبِيعِ مُسْتَرَخَصًا ، فَإِنْ زَادَتْ عَلَى الثَّلْثِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ حُكْمُ أَصْلِ الْمُحَابَاةِ فِي حَقِّ الْوَارِثِ . وَإِنْ كَانَ الشَّفِيعُ وَارِثًا ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ الْأَخْذُ [١٤٢/٥] بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ وَقَعَتْ لغيرِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ مِنْهَا تَمَكُّنُ الْوَارِثِ مِنْ أَخْذِهَا ، كَمَا لَوْ وَهَبَ غَرِيمَ وَارِثِهِ مَا لَأَخَذَهُ الْوَارِثُ . وَالثَّانِي ، يَصَحُّ الْبَيْعُ ، وَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّا لَوْ اثْبَتْنَاهَا جَعَلْنَا لِلْمُورُوثِ سَبِيلًا إِلَى إِثْبَاتِ حَقِّ لَوَارِثِهِ فِي الْمُحَابَاةِ ، وَيُفَارِقُ الْهَبَةَ لَغَرِيمِ الْوَارِثِ ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْوَارِثِ الْأَخْذَ بِدَيْنِهِ لَا مِنْ جِهَةِ الْهَبَةِ ، وَهَذَا اسْتِحْقَاقُهُ بِالْبَيْعِ الْحَاصِلِ مِنْ مَوْرُوثِهِ ، فَافْتَرَقَا . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا خَمْسَةُ أَوْجُهٍ ؛ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ . وَالثَّلْثُ ، أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ مِنْ أَصْلِهِ ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى إِيصَالِ الْمُحَابَاةِ إِلَى الْوَارِثِ . وَهَذَا فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ فَرَعٌ لِلْبَيْعِ ، وَلَا يُطِيلُ الْأَصْلَ فَرْعُهُ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، مَا حَصَلَتْ لِلْوَارِثِ الْمُحَابَاةُ إِنَّمَا حَصَلَتْ لغيرِهِ ، وَوَصَلَتْ إِلَيْهِ بِجِهَةِ الْأَخْذِ مِنَ الْمُشْتَرِي ، فَأُشْبِهَ هَبَةً

غَرِيمِ الْوَارِثِ . الوجهُ الرابعُ ، أنَّ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدْرِ مَا عَدَا الْمُحَابَاةَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، بِمَنْزِلَةِ هِبَةِ الْمُقَابِلِ لِلْمُحَابَاةِ ؛ لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ بِالنِّصْفِ مَثَلًا هِبَةً لِلنِّصْفِ . وهذا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ هِبَةِ النِّصْفِ ، مَا كَانَ لِلشَّفِيعِ الْأَجْنَبِيِّ أَخْذُ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّ الْمُؤْهَبَ لَا شُفْعَةَ فِيهِ . الخامسُ ، أَنَّ الْبَيْعَ يَنْطَلِقُ فِي قَدْرِ الْمُحَابَاةِ . وهو فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهَا مُحَابَاةٌ لِأَجْنَبِيٍّ بِمَا دُونَ الثُّلُثِ ، فَلَا تَبْطُلُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنِ الشَّقْصُ مَشْفُوعًا .

فصل : وَيَمْلِكُ الشَّفِيعُ الشَّقْصَ بِأَخْذِهِ وَبِكُلِّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَى أَخْذِهِ ،
بأن يقول : قد أَخَذْتُهُ بِالثَّمَنِ . أو : تَمَلَّكْتُهُ بِالثَّمَنِ . ونحو ذلك ، إذا كَانَ الثَّمَنُ وَالشَّقْصُ مَعْلُومَيْنِ . وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى حُكْمٍ حَاكِمٍ . وبهذا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وقال الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : يَمْلِكُهُ بِالْمُطَالَبَةِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ السَّابِقَ سَبَبٌ ، فَإِذَا انْضَمَّتْ إِلَيْهِ الْمُطَالَبَةُ ، كَانَ كَالِإِجَابِ فِي الْبَيْعِ إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ الْقَبُولُ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِحُكْمٍ حَاكِمٍ ؛ لِأَنَّهُ نَقَلَ لِلْمِلْكِ عَنْ مَالِكِهِ إِلَى غَيْرِهِ فَهَرًا ، فَافْتَقَرَ إِلَى حُكْمٍ حَاكِمٍ ، كَأَخْذِ دَيْنِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ ثَبَتَ بِالنِّصْرِ وَالْإِجْمَاعِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى حُكْمٍ حَاكِمٍ . [١٤٢/٥ ظ] كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ . وبهذا يَنْتَفِضُ مَا ذَكَرُوهُ ، وبأَخْذِ الزَّوْجِ نِصْفَ الصَّدَاقِ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلِأَنَّهُ مَالٌ يَتَمَلَّكُهُ فَهَرًا ، فَمَلَكُهُ بِالْأَخْذِ ، كَالْعَنَائِمِ وَالْمُبَاحَاتِ ، وَمَلَكُهُ بِاللَّفْظِ الدَّالِّ عَلَى الْأَخْذِ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ فِي الْحَقِيقَةِ ، لَكِنَّ الشَّفِيعَ يَسْتَقِلُّ بِهِ ، فَاسْتَقَلَّ بِاللَّفْظِ الدَّالِّ عَلَيْهِ .

وَأَنْكَرَ الْمُشْتَرَى ، وَأَقْرَّ الْبَائِعُ بِالْبَيْعِ ، فَهَلْ تَجِبُ الشُّفْعَةُ ؟
عَلَى وَجْهَيْنِ .

وقولهم : يَمْلِكُ بِالْمُطَالَبَةِ^(١) بِمَجَرَّدِهَا . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَ بِهَا لَمَّا سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ بِالْعَفْوِ بَعْدَ الْمُطَالَبَةِ ، وَلَوْ جَبَّ إِذَا كَانَ لَهُ شَفِيعَانِ فَطَلَبَا الشُّفْعَةَ ثُمَّ تَرَكَ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ لِلْآخَرِ أَخْذٌ قَدَرِ نَصِيْبِهِ ، وَلَا يَمْلِكُ أَخْذُ نَصِيْبٍ صَاحِبِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ : قَدْ أَخَذْتُ الشَّقْصَ بِالثَّمَنِ الَّذِي تَمَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ . وَهُوَ عَالِمٌ بِقَدْرِهِ وَبِالْمَبِيعِ ، صَحَّ الْأَخْذُ ، وَمَلَكَ الشَّقْصَ ، وَلَا خِيَارَ لَهُ ، وَلَا لِلْمُشْتَرَى ؛ لِأَنَّ الشَّقْصَ يُؤْخَذُ قَهْرًا ، وَالْمَقْهُورُ لَا خِيَارَ لَهُ ، وَالْأَخْذُ قَهْرًا لَا خِيَارَ لَهُ أَيْضًا ، كَمَا سَتَرَجِعُ الْمَبِيعَ لَعَيْبٍ فِي ثَمَنِهِ ، أَوْ الثَّمَنِ لَعَيْبٍ فِي الْمَبِيعِ . وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مَجْهُولًا أَوْ الشَّقْصُ ، لَمْ يَمْلِكْهُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَنْبَغُ فِي الْحَقِيقَةِ ، فَيُعْتَبَرُ الْعِلْمُ بِالْعَوَضِ ، كَسَائِرِ الْيُوعِ ، وَلَهُ الْمُطَالَبَةُ بِالشُّفْعَةِ ، ثُمَّ يَتَعَرَّفُ مِقْدَارُ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرَى أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ، وَالْمَبِيعِ ، فَيَأْخُذُهُ بِثَمَنِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَهُ الْأَخْذَ مَعَ جَهَالَةِ الشَّقْصِ ، بِنَاءً عَلَى بَيْعِ الْغَائِبِ .

٢٤٢٦ - مسألة : (وَإِنْ أَقْرَّ الْبَائِعُ بِالْبَيْعِ ، وَأَنْكَرَ الْمُشْتَرَى ، فَهَلْ تَجِبُ الشُّفْعَةُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا ، تَجِبُ الشُّفْعَةُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي

قوله : وَإِنْ أَقْرَّ الْبَائِعُ بِالْبَيْعِ ، وَأَنْكَرَ الْمُشْتَرَى ، فَهَلْ تَجِبُ الشُّفْعَةُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ،

(١) فِي م : « الْمُطَالَبَةُ » .

حنيفة ، والمُزْنَى . والثاني ، لا تَجِبُ . ونَصَرَهُ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ فِي « مَسَائِلِهِ » . وهو قولُ مالِكٍ ، وابنِ شُرَيْحٍ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ فَرْعٌ لِلْبَيْعِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ ، فَلَا يَثْبُتُ فَرْعُهُ ، وَلِأَنَّ الشَّفِيعَ إِنَّمَا يَأْخُذُ الشَّقْصَ مِنَ الْمُشْتَرَى ، وَإِذَا أَنْكَرَ الْبَيْعَ لَمْ يُمَكِّنِ الْأَخْذَ مِنْهُ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ الْبَائِعَ أَقَرَّ بِحَقِّينَ ، حَقٌّ لِلشَّفِيعِ وَحَقٌّ لِلْمُشْتَرَى ، فَإِذَا سَقَطَ حَقُّ الْمُشْتَرَى بِإِنْكَارِهِ ، ثَبَتَ حَقُّ الشَّفِيعِ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ بَدَارٍ لِرَجُلَيْنِ فَأَنْكَرَ أَحَدُهُمَا ، وَلِأَنَّهُ أَقَرَّ لِلشَّفِيعِ أَنَّهُ مُسْتَحِقٌّ لِأَخْذِ هَذِهِ الدَّارِ ، وَالشَّفِيعُ يَدَّعِي ذَلِكَ ، فَوَجَبَ [١٤٣/٥] قَبُولُهُ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ أَنَّهَا مِلْكُهُ . فَعَلَى هَذَا ، يَقْبِضُ الشَّفِيعُ مِنَ الْبَائِعِ ، وَيُسَلِّمُ إِلَيْهِ الثَّمَنَ ، وَيَكُونُ دَرَكُ الشَّفِيعِ عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ مِنْهُ ، وَلَمْ يَثْبُتِ الشُّرَاءُ فِي حَقِّ الْمُشْتَرَى . وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ وَلَا لِلْبَائِعِ مُحَاكَمَةُ الْمُشْتَرَى لِثَبُتِ الْبَيْعِ فِي حَقِّهِ ، وَتَكُونُ الْعَهْدَةُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ

و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْفَاتِي » ؛ أَحَدُهُمَا ، تَجِبُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » ، و « النَّظْمِ » ، وَنَصَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُهُ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَابْنُ بَكْرُسٍ ، وَاخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ الزَّائِغُونِيِّ . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ^(١) : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، ذَكَرَهُ شَيْبُوخُنَا الْأَوَائِلُ . قَالَ : وَلِأَنَّ أَصْحَابَنَا قَالُوا : إِذَا اخْتَلَفَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرَى فِي الثَّمَنِ ، تَحَالَفَا ، وَفُسِخَ الْبَيْعُ ، وَأَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْبَائِعُ . فَأَثْبَتُوا الشُّفْعَةَ مَعَ بَطْلَانِ الْبَيْعِ فِي حَقِّ الْمُشْتَرَى . انْتَهَى . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « التَّلْخِيسِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِيِ »

(١) فِي ط : « الْمَبْسُوطِ » .

البائع الثَّمَنُ ، وقد حَصَلَ مِنَ الشَّفِيعِ ، وَمَقْصُودُ الشَّفِيعِ أَخْذُ الشَّقْصِ وَضَمَانُ الْعَهْدَةِ ، وقد حَصَلَ مِنَ البَائِعِ ، فلا فائِدَةٌ في المُحَاكَمَةِ . فإن قيل : أليس لو ادَّعى على رجل دَيْنًا ، فقال آخِرُ : أنا أدفعُ إليك الدَّيْنَ الذي تدَّعيه ، ولا تُخاصِمُه . لا يلزمُه قَبُولُه ، فَهَلَّا قُلْتُمْ هَهُنَا كَذَلِكَ ؟ قُلْنَا : في الدَّيْنِ عليه مَنَّةٌ في قَبُولِه مِنْ غيرِ غَرِيمِه ، وهَهُنَا بِخِلَافِه ، ولأنَّ البَائِعَ يدَّعي أنَّ الثَّمَنَ الذي يدفعُه الشَّفِيعُ حَقٌّ للمُشْتَرِي عَوَضًا عن هذا المَبِيعِ^(١) ، فصار كالتَّائِبِ عن المُشْتَرِي في دَفْعِ الثَّمَنِ ، والبَائِعِ كالتَّائِبِ عنه في دَفْعِ الشَّقْصِ ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ ، فإن كان البائع مُقِرًّا بِقَبْضِ الثَّمَنِ مِنَ المُشْتَرِي ، بَقِيَ الثَّمَنُ الذي على الشَّفِيعِ لا يدَّعيه أَحَدٌ ؛ لأنَّ البائع يقول : هو للمُشْتَرِي . والمُشْتَرِي يقول : لا أَسْتَحِقُّه . ففيه

الصَّغِيرِ » ، و « الفُرُوع » . والوَجْهُ الثَّانِي ، لا تَجِبُ . اختارَه الشَّرِيفَان ؛ أَبُو جَعْفَرٍ ، وأبو القاسِمِ الزَّيْدِيُّ . قال في « التَّلْخِصِ » : اختارَه جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ . قال الحَارِثِيُّ : وهذا أَقْوَى . فعلى المذهب ، يَقْبِضُ الشَّفِيعُ مِنَ البَائِعِ . وأما الثَّمَنُ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أَنْ يُقَرَّ البائع بِقَبْضِه ، أو لا ، فإن لم يُقَرَّ بِقَبْضِه ، فَإِنَّهُ يُسَلَّمُ إِلَى البَائِعِ ، والعَهْدَةُ عليه ، ولا عَهْدَةٌ على المُشْتَرِي . قاله الْأَصْحَابُ ؛ منهم الْقَاضِي في « الْمُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ في « الْفُصُولِ » ، والمُصَنِّفُ في « الْمُعْنَى » ، والشَّارِحُ ، وصاحبُ « الْمُحَرَّرِ » ، و « الفُرُوع » ، و « الْوَجِيزِ » ، والزَّرْكَاشِيُّ ، وغيرُهم . قال الحَارِثِيُّ : وهذا يَقْتَضِي تَلَقُّي الْمَلِكِ عنه ، وهو مُشْكِلٌ . وكذا أَخْذُ البائعِ لِلثَّمَنِ مُشْكِلٌ ؛ لِاعْتِرَافِهِ بَعْدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ عَلَيْهِ . ثم قال الْقَاضِي ، وابنُ

(١) في م : « البيع » .

ثلاثة أوجه ؛ أحدها ، أن يُقالَ للمُشْتَرِي : إِمَّا أَنْ تَقْبِضَهُ ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِيَّ منه . والثاني ، يأخذه الحاكمُ عنده . والثالث ، يَبْقَى في ذِمَّةِ الشَّفِيعِ . وفي جَمِيعِ ذلك مَتَى ادَّعاه البائعُ أو المُشْتَرِي ، دُفِعَ إليه ؛ لِأَنَّهُ لأحَدِهِما . وإن تَدَاوَعِيَاه جَمِيعًا ، فَأَقْرَّ المُشْتَرِي بِالْبَيْعِ ، وَأَنْكَرَ البائعُ أَنَّهُ مَا قَبِضَ مِنْهُ شَيْئًا ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ البائعَ قد أَقْرَّ له به ، وَلِأَنَّ البائعَ إِذَا أَنْكَرَ الْقَبْضَ ، لَمْ يَكُنْ مُدَّعِيًا لِهَذَا الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ البائعَ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَى الشَّفِيعِ ثَمَنًا ، إِنَّمَا يَسْتَحِقُّهُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَقَدْ أَقْرَّ بِالْقَبْضِ مِنْهُ ، وَأَمَّا الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ يَدَّعِيهِ ، وَقَدْ أَقْرَّ لَهُ بِاسْتِحْقَاقِهِ ، فَوَجَبَ دَفْعُهُ إِلَيْهِ .

عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنَّفُ ، وَجَمَاعَةٌ : لَيْسَ لِلشَّفِيعِ وَلَا لِلْبَائِعِ مُحَاكَمَةُ الْمُشْتَرِي ؛ لِثَبُتِ الْبَيْعِ فِي حَقِّهِ ، وَتَجَبُّ الْعَهْدَةِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْبَائِعِ الثَّمَنُ ، وَقَدْ حَصَلَ مِنَ الشَّفِيعِ ، وَمَقْصُودُ الشَّفِيعِ أَخْذُ الشَّقْصِ ، وَضَمَانُ الْعَهْدَةِ ، وَقَدْ حَصَلَ مِنَ الْبَائِعِ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي الْمُحَاكَمَةِ . انْتَهَى . وَقَدْ حَكَى فِي « التَّلْخِيسِ » وَغَيْرِهِ وَجْهًا ، بَأَنَّهُ يَدْفَعُ إِلَى نَائِبٍ يُنْصِبُهُ الْحَاكِمُ عَنِ الْمُشْتَرِي . قَالَ : وَهُوَ مُشْكِلٌ ؛ لِأَنَّ إِقَامَةَ نَائِبٍ عَنْ مُنْكَرٍ بَعِيدٍ . انْتَهَى . وَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ مُقَرَّرًا بِقَبْضِ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرِي ، وَ(١) بَقِيَ الثَّمَنُ عَلَى الشَّفِيعِ لَا يَدَّعِيهِ أَحَدٌ ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي (٢) : إِمَّا أَنْ تَقْبِضَهُ ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِيَّ مِنْهُ . قِيَاسًا عَلَى نُجُومِ الْكِتَابَةِ إِذَا قَالَ السَّيِّدُ : هِيَ غَضَبٌ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « النَّظْمِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَبْقَى فِي ذِمَّةِ الشَّفِيعِ . قَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ،

(١) سقط من : الأصل ، ط .

(٢) سقط من : ط .

وَعَهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرَى ، وَعَهْدَةُ الْمُشْتَرَى عَلَى
الْبَائِعِ .

٢٤٢٧ - مسألة : (وَعَهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرَى ، وَعَهْدَةُ
الْمُشْتَرَى عَلَى الْبَائِعِ) إِذَا أَخَذَ الشَّفِيعُ الشَّقْصَ ، فَظَهَرَ [١٤٣/٥ ط]
مُسْتَحَقًّا ، فَرُجُوْعُهُ بِالْثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرَى ، وَيَرْجَعُ الْمُشْتَرَى عَلَى الْبَائِعِ .
وَإِنْ وَجَدَهُ مَعِيًّا فَلَهُ رَدُّهُ عَلَى الْمُشْتَرَى ، أَوْ أَخْذُ أَرْضِهِ مِنْهُ ، وَالْمُشْتَرَى
يَرُدُّ عَلَى الْبَائِعِ ، أَوْ يَأْخُذُ الْأَرْضَ مِنْهُ ، سَوَاءَ قَبَضَ الشَّقْصَ مِنَ الْمُشْتَرَى
أَوْ مِنَ الْبَائِعِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنُ تَيْمِيَّةٍ : عَهْدَةُ
الشَّفِيعِ عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ ثَبَتَ لَهُ بِإِجَابِ الْبَائِعِ ، فَكَانَ رُجُوْعُهُ
عَلَيْهِ ، كَالْمُشْتَرَى . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ أَخَذَهُ مِنَ الْمُشْتَرَى فَالْعَهْدَةُ

و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَالْوَجْهُ الثَّلَاثُ ، يَأْخُذُهُ الْحَاكِمُ عِنْدَهُ . وَهِيَ كَالْمَسْأَلَةِ
الَّتِي قَبْلَهَا ، حُكْمًا وَخِلَافًا . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْمَغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ،
و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا : وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ ،
مَتَى ادَّعَاهُ [٢١٥/٢ ط] الْبَائِعُ أَوْ الْمُشْتَرَى ، دُفِعَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لِأَحَدِهِمَا . قَالَ
الْحَارِثِيُّ : وَفِيهِ نَظَرٌ وَبَحْثٌ . وَإِنْ ادَّعَاهُ جَمِيعًا ، وَأَقْرَأَ الْمُشْتَرَى بِالْبَيْعِ ، وَأُنْكَرَ
الْبَائِعُ الْقَبْضَ ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرَى .

فَائِدَةٌ : قَوْلُهُ : وَعَهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرَى ، وَعَهْدَةُ الْمُشْتَرَى عَلَى الْبَائِعِ .
وَهَذَا بِلَا نِزَاعٍ . لَكِنْ يُسْتَشْتَى مِنْ ذَلِكَ ، إِذَا أَقْرَأَ الْبَائِعُ بِالْبَيْعِ ، وَأُنْكَرَ الْمُشْتَرَى ،
وَقُلْنَا بِثُبُوتِ الشُّفْعَةِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ ، فَإِنَّ الْعَهْدَةَ عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِحُصُولِ الْمِلْكِ لَهُ
مِنْ جِهَتِهِ . قَالَ الزُّرْكَاشِيُّ ، وَهُوَ وَاضِحٌ . وَ « الْعَهْدَةُ » فِعْلَةٌ مِنَ الْعَهْدِ ، وَهِيَ

عليه ، وإن أَخَذَهُ مِنَ الْبَائِعِ فَالْعَهْدَةُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ إِذَا أَخَذَهُ مِنَ الْبَائِعِ ،
تَعَذَّرَ قَبْضُ الْمُشْتَرِي ، فَيَنْفَسَخُ الْبَيْعُ بَيْنَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي ، فَكَأَنَّ الشَّفِيعَ
أَخَذَهُ مِنَ الْبَائِعِ مَالِكًا مِنْ جِهَتِهِ ، فَكَانَتْ عَهْدَتُهُ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الشُّفْعَةَ
مُسْتَحَقَّةٌ بَعْدَ الشِّرَاءِ وَحُصُولِ الْمِلْكِ لِلْمُشْتَرِي ، ثُمَّ يَزُولُ الْمِلْكُ مِنَ
الْمُشْتَرِي إِلَى الشَّفِيعِ بِالثَّمَنِ ، فَكَانَتْ الْعَهْدَةُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَخَذَهُ مِنْهُ
بِيعَ ، وَلَأنَّهُ مَلَكَهُ مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ ، فَمَلَكَ رَدَّهُ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ ،
كَالْمُشْتَرِي فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ . وَقِيَاسُهُ عَلَى الْمُشْتَرِي فِي جَعْلِ عَهْدَتِهِ عَلَى
الْبَائِعِ ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي مَلَكَهُ مِنَ الْبَائِعِ ، بِخِلَافِ الشَّفِيعِ .
وَأَمَّا إِذَا أَخَذَهُ مِنَ الْبَائِعِ ، فَالْبَائِعُ نَائِبٌ عَنِ الْمُشْتَرِي فِي التَّسْلِيمِ الْمُسْتَحَقِّ
عَلَيْهِ . وَلَوْ انْفَسَخَ الْعَقْدُ بَيْنَ الْمُشْتَرِي وَالْبَائِعِ ، بَطَلَتْ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهَا
اسْتَحَقَّتْ بِهِ .

فِي الْأَصْلِ كِتَابُ الشِّرَاءِ . وَتَقَدَّمَ الْكَلَامُ عَلَى ضَمَانِ الْعَهْدَةِ ، وَعَلَى مَعْنَاهَا فِي بَابِ
الضَّمَانِ . وَالْمُرَادُ هُنَا ، رُجُوعُ مَنْ انْتَقَلَ الْمِلْكُ إِلَيْهِ عَلَى مَنْ انْتَقَلَ عَنْهُ بِالثَّمَنِ
أَوْ بِالْأَرْضِ ، عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ الشَّقْصِ أَوْ عَيْبِهِ ، فَيَكُونُ وَثِيقَةً لِلْبَيْعِ لازِمَةً لِلْمُتَلَقِّي
عَنْهُ ، فَيَكُونُ عَهْدَةً بِهَذَا الْاِغْتِبَارِ . فَلَوْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي الْعَيْبَ عِنْدَ الْبَيْعِ ، وَلَمْ يَعْلَمْهُ
الشَّفِيعُ عِنْدَ الْأَخْذِ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمُشْتَرِي ، وَلِلشَّفِيعِ الرَّدُّ وَأَخْذُ الْأَرْضِ . عَلَى
الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ وَجْهًا بِانْتِفَاءِ الْأَرْضِ . وَإِنْ عَلِمَهُ الشَّفِيعُ ،
وَلَمْ يَعْلَمْهُ الْمُشْتَرِي ، فَلَا رَدَّ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَا أَرْضَ . قَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ . وَفِي
« الشَّرْحِ » وَجْهٌ بَأَنَّ الْمُشْتَرِي يَأْخُذُ الْأَرْضَ . وَهُوَ مَا قَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ،
وَالسَّامَرِيُّ . فَعَلَيْهِ ، إِنْ أَخَذَهُ ، سَقَطَ عَنِ الشَّفِيعِ مَا قَابَلَهُ مِنَ الثَّمَنِ ؛ تَحْقِيقًا

فصل : وحُكْمُ الشَّفِيعِ فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، حُكْمُ الْمُشْتَرِي مِنْ الْمُشْتَرِي ، فَإِنْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي بِالْعَيْبِ ، وَلَمْ يَعْلَمْ الشَّفِيعُ ، فَلِلشَّفِيعِ رَدُّهُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، أَوْ أَخَذَ أَرْضَهُ مِنْهُ ، وَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي شَيْءٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكَ الشَّفِيعُ أَخَذَ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ بِالثَّمَنِ الَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، فَإِذَا أَخَذَ الْأَرْضَ ، فَمَا أَخَذَهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَى الْمُشْتَرِي . وَإِنْ عَلِمَ الشَّفِيعُ وَحْدَهُ ، فَلَيْسَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا رَدُّ وَلَا أَرْضٌ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ أَخَذَهُ عَالِمًا بَعِيهِ فَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ رَدُّ وَلَا أَرْضٌ ، كَالْمُشْتَرِي إِذَا عَلِمَ الْعَيْبَ ، وَالْمُشْتَرِي قَدْ اسْتَعْنَى عَنِ الرَّدِّ [١٤٤/٥] لِزَوَالِ مِلْكِهِ عَنِ الْمَبِيعِ ، وَحُصُولِ الثَّمَنِ لَهُ مِنَ الشَّفِيعِ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الْأَرْضَ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَدْرَكَ ظِلَامَتَهُ ، وَرَجَعَ إِلَيْهِ جَمِيعُ الثَّمَنِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْرَدَهُ عَلَى الْبَائِعِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ أَخَذَ الْأَرْضَ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلَ عَنْ الْجُزْءِ الْفَائِتِ مِنَ الْمَبِيعِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِزَوَالِ مِلْكِهِ عَنِ الْمَبِيعِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى قَفِيزَيْنِ فَتَلَفَ أَحَدَهُمَا وَأَخَذَ الْآخَرَ . فَعَلَى هَذَا ، مَا يَأْخُذُهُ مِنَ الْأَرْضِ يَسْقُطُ عَنِ الشَّفِيعِ مِنَ الثَّمَنِ بِقَدْرِهِ ؛ لِأَنَّ الشَّقْصَ يَجِبُ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ الَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ أَخَذَ

لُمَائِلَةَ الثَّمَنِ الَّذِي اسْتَقَرَّ الْعَقْدُ عَلَيْهِ . وَإِنْ عَلِمَاهُ ، فَلَارَدَّ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَا أَرْضَ . فِي صُورَةِ عَدَمِ عِلْمِهِمَا ، إِنْ لَمْ يَرُدَّ الشَّفِيعُ ، فَلَارَدَّ لِلْمُشْتَرِي ، وَإِنْ أَخَذَ الشَّفِيعُ أَرْضَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي ، أَخَذَهُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْبَائِعِ ، وَإِنْ لَمْ يَأْخُذْهُ الشَّفِيعُ ، فَفِي أَخْذِ الْمُشْتَرِي الْوَجْهَانِ . وَعَلَى الْوَجْهِ بِالْأَخْذِ ، إِنْ لَمْ يَسْقُطْ الشَّفِيعُ عَنِ الْمُشْتَرِي ، سَقَطَ عَنْهُ بِقَدْرِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَإِنْ أَسْقَطَهُ ، تَوَفَّرَ عَلَى الْمُشْتَرِي .

الأرضَ قبلَ أخذِ الشَّفِيعِ منه . وإن عَلِمَا جميعًا ، فليس لواحدٍ منهما رَدٌّ ولا أرضٌ ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما دَخَلَ على بَصِيرَةٍ ، وَرَضِيَ بِبَذْلِ الثَّمَنِ فيه بهذه الصَّفَةِ . وإن لم يَعْلَمَا ، فللشَّفِيعِ رَدُّهُ على المُشْتَرِي ، وللمُشْتَرِي رَدُّهُ على البائعِ ، فإن لم يَرُدَّهُ الشَّفِيعُ ، فلا رَدٌّ للمُشْتَرِي ؛ لِمَا ذَكَرْنَا أَوَّلًا . وإن أَخَذَ الشَّفِيعُ أرضَهُ مِنَ المُشْتَرِي ، فللمُشْتَرِي أخذُهُ مِنَ البائعِ . وإن لم يَأْخُذْ منه شيئًا ، فلا شيءَ للمُشْتَرِي . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ أَخْذَهُ على الوجهِ الذى ذَكَرْنَاهُ . فإذا أَخَذَهُ ، فإن كَانَ الشَّفِيعُ لم يُسْقِطْهُ عن المُشْتَرِي ، سَقَطَ عنه مِنَ الثَّمَنِ بِقَدْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ الثَّمَنُ الذى اسْتَقَرَّ عليه البيْعُ ، وَسُكُوتُهُ لَا يُسْقِطُ حَقَّهُ ، وإن أَسْقَطَهُ عن المُشْتَرِي ، تَوَفَّرَ عليه ، كما لو زَادَهُ على الثَّمَنِ باختيارِهِ . فأما إن اشْتَرَاهُ بالبراءَةِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ ، فالصَّحِيحُ مِنْ^(١) المَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لو لم يَشْتَرِطْ . وفيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَبْرَأُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ البَائِعُ عَليمًا بالعَيْبِ فَدَلَّسَهُ واشْتَرَطَ البراءَةَ . فعلى هذه الروايةِ ، إن عَليمَ الشَّفِيعِ باسْتِراطِ البراءَةِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ المُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ على شِرائِهِ ، فَصار^(٢) كَمُشْتَرٍ ثَانٍ اشْتَرَطَ^(٣) البراءَةَ ، وإن لم يَعْلَمْ ذلك ، فَحُكْمُهُ كما^(٤) ما لو عَلِمَهُ المُشْتَرِي دُونَ الشَّفِيعِ .

(١) في م : « في » .

(٢-٢) في م : « كمشتريين اشترطا » .

(٣) في م : « حكم ما » .

فَإِنْ أَبَى الْمُشْتَرِي قَبْضَ الْمَبِيعِ ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ . وَقَالَ الْمُنْعِ
أَبُو الْخَطَّابِ : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنْ يَأْخُذَهُ الشَّفِيعُ مِنْ يَدِ
الْبَائِعِ .

٢٤٢٨ - مسألة : (وَإِنْ أَبَى الْمُشْتَرِي قَبْضَ الْمَبِيعِ ، أَجْبَرَهُ
الْحَاكِمُ عَلَيْهِ) ثُمَّ يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ مِنْهُ . قَالَ الْقَاضِي ، قَالَ : وَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ
مِنَ الْبَائِعِ . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَشْتَرِي
الشَّقْصَ مِنْ [١٤٤/٥ ظ] الْمُشْتَرِي ، فَلَا يَأْخُذُهُ مِنْ غَيْرِهِ . وَبَنَوْا ذَلِكَ عَلَى
أَنَّ الْبَيْعَ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، فَإِذَا فَاتَ الْقَبْضُ ، بَطَلَ الْعَقْدُ ، وَسَقَطَتِ
الشَّفَعَةُ (وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنْ يَأْخُذَهُ الشَّفِيعُ مِنْ يَدِ
الْبَائِعِ) وَيَكُونُ كَأَخْذِهِ مِنَ الْمُشْتَرِي . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ
يَلْزَمُ فِي بَيْعِ الْعَقَارِ قَبْضَهُ ، وَيَدْخُلُ الْمَبِيعُ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَضْمَانِهِ ،
وَيَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ ، فَصَارَ كَأَلَوْ قَبْضَهُ الْمُشْتَرِي . وَاللَّهُ
أَعْلَمُ .

قوله : فَإِنْ أَبَى الْمُشْتَرِي قَبْضَ الْمَبِيعِ ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ .
الْإِنْصَافِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُهُ أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَالشَّرِيفَانِ ؛ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَالزَّيْدِيُّ ،
وَالْقَاضِي يَعْقُوبُ ، وَالشَّيرَازِيُّ ، وَأَبُو الْحَسَنِ ابْنُ بَكْرٍ وَسَيِّدُهُمْ . وَقَدَّمَهُ
فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« شَرْحِ
ابْنِ مُنَجَّى » . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْهِدَايَةِ » : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، أَنْ يَأْخُذَهُ الشَّفِيعُ
مِنْ يَدِ الْبَائِعِ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَقَالَ : هُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ
الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْأَصَحَّ أَوْ الْمَشْهُورَ لُزُومُ الْعَقْدِ فِي بَيْعِ الْعَقَارِ قَبْضَهُ ، وَجَوَازُ

وَإِذَا وَرِثَ اثْنَانِ شِقْصًا عَنْ أَبِيهِمَا ، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ ،
فَالشُّفْعَةُ بَيْنَ أَخِيهِ وَشَرِيكِ أَبِيهِ .

٢٤٢٩ - مسألة : (ولو ورثَ اثنان شِقْصًا عن أبيهما ، فباعَ أحدهما نَصِيْبَهُ ، فالشُّفْعَةُ بَيْنَ أَخِيهِ وَشَرِيكِ أَبِيهِ) وبه قال أبو حنيفة ، والشافعيُّ في الجَدِيدِ . وقال في القَدِيمِ : الأخُ أَحَقُّ بالشُّفْعَةِ . وبه قال مالكٌ ؛ لأنَّ أخاه أَخَصُّ بِشَرِكْتِهِ مِنْ شَرِيكِ أَبِيهِ ، لاشتِرَاكِيهِمَا في سَبَبِ الْمَلِكِ . ولنا ، أنَّهما شَرِيكان حالُ ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ ، فكانتَ بَيْنَهُمَا ، كما لو مَلَكَوا كُلُّهُم بِسَبَبٍ وَاحِدٍ ، ولأنَّ الشُّفْعَةَ ثَبَّتَ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِيكِ الدَّاخِلِ على شُرَكَائِهِ بِسَبَبِ شَرِكْتِهِ ، وهو مَوْجُودٌ في حَقِّ الْكُلِّ ، وما ذَكَرُوهُ لا أَصْلَ له ، ولم يَثْبُتْ اعتِبارُ الشَّرْعِ له في مَوْضِعٍ ، والاعتِبارُ بالشَّرِكَةِ لا بِسَبَبِهَا . وهكذا لو اشْتَرَى رَجُلٌ نِصْفَ دارٍ ثم اشْتَرَى اِثْنَانِ نِصْفَهَا الْآخَرَ ، أو وَرِثَاهُ ، أو اتَّهَبَاهُ ، أو وَصَلَ إِلَيْهِمَا بِسَبَبٍ مِنْ أَسْبَابِ الْمَلِكِ ، فباعَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ ، أو وَرِثَ ثَلَاثَةَ دَارًا فباعَ أَحَدُهُم نَصِيْبَهُ مِنْ اِثْنَيْنِ ، ثم باعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ ، فالشُّفْعَةُ بَيْنَ جَمِيعِ الشُّرَكَاءِ . وكذلك لو ماتَ رَجُلٌ وَخَلَّفَ ابْنَيْنِ وَأُخْتَيْنِ ، فباعَتْ إِحْدَى ابْنَتَيْنِ نَصِيْبَهَا ، أو إِحْدَى الْأُخْتَيْنِ ، فالشُّفْعَةُ بَيْنَ جَمِيعِ الشُّرَكَاءِ . ولو ماتَ رَجُلٌ وَتَرَكَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ وَأَرْضًا ، فماتَ أَحَدُهُمْ عَنْ ابْنَيْنِ ، فباعَ أَحَدُ الْعَمِّينِ نَصِيْبَهُ ، فالشُّفْعَةُ بَيْنَ أَخِيهِ وَابْنِي

الإِنصاف التَّصَرُّفُ فِيهِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ ، والدُّخُولُ فِي ضَمَانِهِ بِهِ . وأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعَبِ » ، و « التَّلْخِيصِ » .

الشرح الكبير

أَخِيهِ . وَلَوْ خَلَفَ ابْنَيْنِ ^(١) وَأَوْصَى ^(٢) بَثْلَيْهِ لَانْتَيْنِ ، فَبَاعَ أَحَدُ ^(٣) الْوَصِيِّينِ ، أَوْ أَحَدُ الْإِبْنَيْنِ ، فَالْشُّفْعَةُ بَيْنَ شُرَكَائِهِ كُلِّهِمْ . وَلَمْخَالَفِينَا فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ اخْتِلَافٌ يَطُولُ [١٤٥/٥] ذِكْرُهُ .

٢٤٣٠ - مسألة : (وَلَا شُفْعَةَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ) رُويَ ذَلِكَ عَنْ الْحَسَنِ ، وَالشَّعْبِيِّ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ : تَجِبُ لَهُ الشُّفْعَةُ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَه ، وَإِنْ بَاعَهُ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ^(٣) . وَلِأَنَّهُ خِيَارٌ ثَابِتٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ بِالشُّرَاءِ ، فَاسْتَوَى فِيهِ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ ، كَالرَّدِّ بِالْغَيْبِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الذَّارِقُطْنِيُّ ، فِي كِتَابِ « الْعِلَلِ » ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَنَسٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا شُفْعَةَ

قوله : وَلَا شُفْعَةَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ . نصُّ عليه مِنْ وُجُوهِ كَثِيرَةٍ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، الْإِنصَافُ عَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَهُ الشُّفْعَةُ . ذَكَرَهُ نَازِمٌ الْمُفْرَدَاتِ .

تَنْبِيْهِ : مَفْهُومُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ لِكَافِرٍ عَلَى كَافِرٍ ؛ وَسَوَاءٌ كَانَ الْبَائِعُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ

(١ - ١) فِي م : « أَوْ وَصَى » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « الشَّرِيكَيْنِ » .

(٣) تَقْدِمْ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٥٧ .

لِنَضْرَأَنِي» ^(١) . وهذا يَخْصُ عُمُومَ مَا اخْتَجُّوا بِهِ . وَلأنَّه مَعْنَى يَخْتَصُّ الْعَقَارَ ، فَأَشْبَهَ الْاِسْتِعْلَاءَ فِي الْبُنْيَانِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تُثَبِّتُ لِلْمُسْلِمِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ مِلْكِهِ ، وَقُدِّمَ دَفْعُ ضَرَرِهِ عَلَى دَفْعِ ضَرَرِ الْمُشْتَرِي ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ تَقْدِيمِ دَفْعِ ضَرَرِ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ تَقْدِيمُ دَفْعِ ضَرَرِ الذَّمِّيِّ ، فَإِنَّ حَقَّ الْمُسْلِمِ أَرْجَحُ ، وَرِعَايَتُهُ أَوْلَى ، وَلأنَّ ثُبُوتَ الشُّفْعَةِ فِي مَحَلِّ الْإِجْمَاعِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ ، رِعَايَةٌ لِحَقِّ الشَّرِيكِ الْمُسْلِمِ ، وَلَيْسَ الذَّمِّيُّ فِي مَعْنَى الْمُسْلِمِ ، فَيُنْقَى فِيهِ عَلَى مُقْتَضَى الْأَصْلِ . وَتَثَبُّتُ الشُّفْعَةُ لِلْمُسْلِمِ عَلَى الذَّمِّيِّ ؛ لِعُمُومِ الْأَدْلَةِ ، وَلأنَّهَا إِذَا ثَبَّتَتْ لِلْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ مَعَ عِظَمِ حُرْمَتِهِ ، فَلأنَّ تَثَبُّتَ عَلَى الذَّمِّيِّ مَعَ دَنَاءَتِهِ أَوْلَى .

فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمَا . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لِاشْفَعَةٍ لَهُ ، إِذَا كَانَ الْبَائِعُ مُسْلِمًا . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي الْخَطَّابِ فِي « الْهَدَايَةِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ » . وَمَفْهُومُ كَلَامِهِ أَيْضًا ، ثُبُوتُهَا لِلْمُسْلِمِ عَلَى الْكَافِرِ . وَهُوَ مِنْ بَابِ أَوْلَى .

فائدة : لَوْ تَبَايَعَ كَافِرَانِ بِخَمْرِ ، وَأَخَذَ الشَّفِيعُ بِذَلِكَ ، لَمْ يُنْقَضْ مَا فَعَلُوهُ ، وَإِنْ جَرَى التَّقَابُضُ بَيْنَ الْمُتَبَايِعِينَ دُونَ الشَّفِيعِ ، وَتَرَا فَعَلُوا إِلَيْنَا ، فَلَا شُفْعَةَ لَهُ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، كَمَا لَوْ تَبَايَعَا بِخَنْزِيرٍ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ تَبَايَعُوا بِخَمْرٍ ، وَقُلْنَا : هِيَ مَالٌ لَهُمْ . حَكَمْنَا لَهُ بِالشُّفْعَةِ . وَتَقَدَّمَ التَّنْبِيهُ عَلَى بَعْضِ ذَلِكَ قَبْلَ قَوْلِهِ : وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠٨/٦ ، ١٠٩ . وصوب أنه من قول الحسن البصري . وكذلك الدارقطني . وانظر إرواء الغليل ٣٧٤/٥ .

فصل : وثبتت للذمي على الذمي ؛ لعُوم الأخبار ، ولأنهما تساويا في الدين ، فثبتت لأحدهما على الآخر ، كالمُسْلِمِينَ . ولا نعلم في هذا خلافا . فإن تبايعوا بخمر أو خنزير ، وأخذ الشفيع بذلك ، لم يُنْقَضْ ما فعلوه . وإن جرى التقابض بين المتبايعين دون الشفيع ، وترافعوا إلينا ، لم نحكم له بالشفعة . وبه قال الشافعي . وقال أبو الخطاب : إن تبايعوا بخمر ، وقلنا : هي مال لهم . حكمنا له ^(١) بالشفعة . وقال أبو حنيفة : ثبتت الشفعة إذا كان الثمن خمرًا ؛ لأنها مال لهم ، فأشبه ما لو تبايعوا بدرأهم ، لكن إن كان الشفيع ذميًا ، أخذه بمثله ، وإن كان مُسْلِمًا ، أخذه بقيمة الخمر . ولنا ، أنه عقد بخمر ، فلم تثبت فيه الشفعة ، كما لو كان بين مُسْلِمِينَ [١٤٥/٥ ظ] . ولأنه عقد بتمنٍ مُحَرَّمٍ ، أشبه البيع بالخنزير والميتة ، ولا نسلّم أن الخمر مال لهم ^(٢) ؛ فإن الله تعالى حرّمه كما حرّم الخنزير ، واعتقادهم حله لا يجعله مالًا ، كالخنزير ، وإنما لم يُنْقَضْ عقدهم إذا تقابضوا ؛ لأننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقّدونه في دينهم ما لم يتحاكموا إلينا قبل تمامه ، ولو تحاكموا إلينا قبل التقابض لفسخناه . فأما أهل البدع فثبتت الشفعة لمن حكمنا بإسلامه منهم ، كالفاسيق بالأفعال ؛ لعُوم الأدلة التي ذكرناها . وروى حرب عن أحمد ، أنه سُئِلَ عن أصحاب البدع ، هل لهم شفعة ؟ وذكر له عن ابن إدريس أنه قال :

(١) في م : « لهم » .
(٢) سقط من : الأصل .

ليس للرافضة شفعة؟ فضحك ، وقال : أراد أن يُخرجهُم من الإسلام . فظاهرُ هذا أنه أثبت لهم الشفعة ، وهذا محمولٌ على غير الغلاة منهم ، فأما الغلاة ، كالمعتقِد أن جبريلَ غلطَ في الرسالة فجاء إلى النبي ﷺ ، وإنما أُرسلَ إلى عليٍّ ، ونحوه ، ومن حُكِمَ بكُفْرِهِ من الدُّعاة إلى القول بخلق القرآن ، فلا شفعة له ؛ لأنَّ الشفعة إذا لم تثبت للذمي الذي يُقرُّ على كُفْرِهِ ، فغيره أولى .

فصل : وثبتت الشفعة للبدوي على القروي ، وللقروي على البدوي ،
في قول أكثر أهل العلم . وقال الشعبي ، والبتي : لا شفعة لمن لم يسكن المضر . وعموم الأدلة واشترائها في المعنى المقتضى لجوب الشفعة يدل على ثبوتها لهم .

فصل : قال أحمد ، في رواية حنبل : لا نرى في أرض السواد شفعة ؛
لأنَّ عمرَ ، رضي الله عنه ، وقفها على المسلمين ، فلا يجوز بيعها ، والشفعة إنما تكون في البيع . وكذلك الحكم في سائر الأرض التي وقفها عمرُ ، وهي التي فُتحت عنوةً في زمنه ولم يقسمها ، كأرض الشام ومصر . وكذلك كل أرضٍ فُتحت عنوةً ولم تقسم بين الغانمين ، إلا أن يحكم بينهما حاكمٌ ، أو يفعلهُ الإمام أو نائبه ، فإن فعل ذلك ثبت فيه الشفعة ؛ لأنه فصلٌ مختلف فيه ، ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيءٍ ، نفذ حكمه .

وَهَلْ تَجِبُ الشُّفْعَةُ لِلْمُضَارِبِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، أَوْ لِرَبِّ الْمَالِ الْمَقْنَعِ
عَلَى الْمُضَارِبِ فِيمَا يَشْتَرِيهِ لِلْمُضَارِبَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٢٤٣١ - مسألة : [١٤٦/٥ و] (وهل تَجِبُ الشُّفْعَةُ لِلْمُضَارِبِ عَلَى
رَبِّ الْمَالِ ، أَوْ لِرَبِّ الْمَالِ عَلَى الْمُضَارِبِ فِيمَا يَشْتَرِيهِ مِنْ مَالِ الْمُضَارِبَةِ ؟
عَلَى وَجْهَيْنِ) إِذَا بَاعَ شِقْصٌ فِي شَرِكَةِ مَالِ الْمُضَارِبَةِ ، فَلِلْعَامِلِ الْأَخْذُ
بِهَا إِذَا كَانَ الْحَظُّ فِيهَا ، فَإِنْ تَرَكَهَا فَلِرَبِّ الْمَالِ الْأَخْذُ ؛ لِأَنَّ مَالَ الْمُضَارِبَةِ
مِلْكُهُ ، وَلَا يَنْفَعُ عَفْوُ الْعَامِلِ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لغيرِهِ ، فَلَمْ يَنْفَعْ عَفْوُهُ ،
كَالْمَاذُونِ لَهُ . فَإِنْ اشْتَرَى الْمُضَارِبُ بِمَالِ الْمُضَارِبَةِ شِقْصًا فِي شَرِكَةِ رَبِّ
الْمَالِ ، فَهَلْ لِرَبِّ الْمَالِ فِيهِ شُفْعَةٌ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ مُبَيَّنَّيْنِ عَلَى شِرَاءِ رَبِّ الْمَالِ
مِنْ مَالِ الْمُضَارِبَةِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُمَا . وَإِنْ كَانَ الْمُضَارِبُ شَفِيعَهُ ، وَلَا
رَبْحَ فِي الْمَالِ ، فَلَهُ الْأَخْذُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لغيرِهِ . وَإِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ ، وَقُلْنَا :
لَا يَمْلِكُ بِالظُّهُورِ . فَكَذَلِكَ . وَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ بِالظُّهُورِ . ففِيهِ وَجْهَانِ ،
كَرْبُ الْمَالِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا كُلُّهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . فَإِنْ بَاعَ
الْمُضَارِبُ شِقْصًا فِي شَرِكَتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُهُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ ،
فَأُشْبِهَ شِرَاءَهُ مِنْ نَفْسِهِ .

قوله : وهل تَجِبُ الشُّفْعَةُ لِلْمُضَارِبِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، أَوْ لِرَبِّ الْمَالِ عَلَى الْمُضَارِبِ
فِيمَا يَشْتَرِيهِ لِلْمُضَارِبَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ هُنَا مَسْأَلَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ،
هَلْ تَجِبُ الشُّفْعَةُ لِلْمُضَارِبِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، أَمْ لَا ؟ مِثَالُهُ ؛ أَنْ يَكُونَ لِلْمُضَارِبِ
شِقْصٌ فِيمَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ ، ثُمَّ يَشْتَرِي مِنْ مَالِ الْمُضَارِبَةِ شِقْصًا مِنْ شَرِكَةِ

فصل : إذا كانت دارٌ بين ثلاثة ، فقارض واحدٌ منهم أحدَ شريكيه بألفٍ ، فاشترى به نصفَ نصيبِ الثالث ، لم تثبت فيه شفعةٌ في أحدِ الوجهين ؛ لأنَّ أحدَ الشريكين ربُّ المالِ ، والآخرُ العايلُ ، فهما كالشريكين في المتاع ، فلا يستحقُّ أحدهما على الآخرِ شفعةً . وإن باع الثالثُ باقى نصيبه لأجنبيٍّ ، كانت الشفعةُ مُستحقةً بينهم أخماساً ، لربِّ المالِ خُمسها^(١) ، وللعايلِ مثله ، وللمالِ^(٢) المضاربةُ خُمسُها بالسُّدسِ الذى له ، فيجعلُ مالَ المضاربةِ كشريلِكِ آخرَ ؛ لأنَّ حكمه متميزٌ عن مالِ كلِّ واحدٍ منهما .

المُضاربِ ، فهل تجبُ للمُضاربِ شفعةٌ فيما اشتراه من مالِ المُضاربةِ ؟ أطلقَ المُصنِّفُ فيه وجهين ، وأطلقهما تخريجاً في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « التلخيص » ؛ أحدهما ، لا تجبُ الشفعةُ له . وهو الصَّحيحُ من المذهبِ . صحَّحه في « الخلاصة » ، و « التَّصحيح » . واختاره أبو الخطَّابِ في « رُعوسِ المسائلِ » ، وأبو المعالي في « النِّهاية » . والوجهُ الثَّانِي ، تجبُ . خرَّجه أبو الخطَّابِ من وجوبِ الزَّكاةِ عليه في حصَّته . قال الحارثيُّ : وهو الأوَّلَى . قال ابنُ رَجَبٍ في « القواعدِ » ، بعدَ تخريجِ أبي الخطَّابِ : فالمسألةُ مُقيَّدةٌ بحالةِ ظُهورِ الرِّبْحِ ، ولا بُدَّ . انتهى . واعلم أنَّ في محلِّ الخلافِ طَريقَينِ للأصحابِ ؛ أحدهما ، أنَّهما جاريان ؛ سواءَ ظهرَ رِبْحٌ أم لا ؛ وسواءَ قلنا : يَمْلِكُ المُضاربُ حصَّته بالظُّهورِ . [٢١٦/٢ د] أم لا . وهى طَريقةٌ

(١) في الأصل : « خمسها » .

(٢) في م : « لرب » .

فصل : فَإِنْ كَانَتْ الدَّارُ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ أَثْلَاثًا ، فَاشْتَرَى أَجْنَبِيٌّ نَصِيبَ أَحَدِهِمْ ، فطَالِبُهُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بِالشُّفْعَةِ ، فَقَالَ : إِنَّمَا اشْتَرَيْتُهُ لَشَرِيكَكَ . لَمْ تُؤَثِّرْ هَذِهِ الدَّعْوَى فِي قَدْرِ مَا يَسْتَحِقُّ مِنَ الشُّفْعَةِ ، فَإِنَّ الشُّفْعَةَ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ نِصْفَيْنِ ، سَوَاءً اشْتَرَاهَا الْأَجْنَبِيُّ لِنَفْسِهِ أَوْ لِلشَّرِيكَ الْآخَرِ . وَإِنْ تَرَكَ الْمُطَالِبُ بِالشُّفْعَةِ حَقَّهُ مِنْهَا بِنَاءً عَلَى هَذَا الْقَوْلِ ، ثُمَّ تَبَيَّنَ كَذِبُهُ ، لَمْ تَسْقُطْ شُفْعَتُهُ . وَإِنْ أَخَذَ نِصْفَ الْمَبِيعِ لِذَلِكَ ^(١) ، ثُمَّ تَبَيَّنَ كَذِبُ الْمُشْتَرَى ، وَعَفَا الشَّرِيكَ [١٤٦/٥ ظ] عَنْ شُفْعَتِهِ ، فَلَهُ أَخْذُ نَصِيبِهِ مِنَ الشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ اقْتِصَارَهُ عَلَى أَخْذِ النُّصْفِ انْتَبَى عَلَى خَبَرِ الْمُشْتَرَى ، فَلَمْ يُؤَثِّرْ فِي إسْقَاطِ الشُّفْعَةِ ، وَاسْتَحَقَّ أَخْذَ الْبَاقِي لِعَفْوِ شَرِيكَهِ عَنْهُ . وَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ أَخْذِ الْبَاقِي سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ كُلُّهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ تَبْعِيضَ صَفْقَةِ الْمُشْتَرَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَسْقُطَ حَقُّهُ مِنَ النُّصْفِ الَّذِي أَخَذَهُ ، وَلَا يَبْطُلُ أَخْذُهُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرَى أَقْرَبُ بِمَا تَضَمَّنَ اسْتِحْقَاقَهُ لَذَلِكَ ، فَلَا يَبْطُلُ بِرُجُوعِهِ عَنْ إِقْرَارِهِ . وَإِنْ أَنْكَرَ الشَّرِيكَ كَوْنَ الشُّرَاءِ لَهُ ، وَعَفَا عَنْ شُفْعَتِهِ ، وَأَصَرَّ الْمُشْتَرَى عَلَى الْإِقْرَارِ لِلشَّرِيكَ بِهِ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُنَازَعَ لَهُ فِي اسْتِحْقَاقِهِ ، وَلَهُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى النُّصْفِ ، لِإِقْرَارِ الْمُشْتَرَى لَهُ بِاسْتِحْقَاقِ ذَلِكَ .

أَبَى الْخَطَّابُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَصَاحِبِ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، الْإِنْصَافِ وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « التَّلْخِيسِ » ، وَالْمُصَنِّفِ هُنَا ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهَا

(١) فِي م : « كَذَلِكَ » .

فصل : فإن قال أحد الشريكين للمشتري : شراؤك باطل . وقال الآخر : هو صحيح . فالشفعة كلها للمعتز بالصححة . وكذلك إن قال : ما اشتريته ، إنما اتهمته . وصدقه الآخر أنه اشتراه ، فالشفعة للمصدق بالشراء ؛ لأن شريكه مسقط لحقه باعتزافه أنه لا يبيع ، أو لا يبيع صحيح . ولو احتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لا تسقطها ، فقال أحد الشفيعين : قد سقطت الشفعة . توفرت على الآخر ؛ لا غيراف صاحبه بسقوطها . ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء ، أو ضمن عهدة المبيع ، أو عفا عن الشفعة قبل البيع ، وقال : لا شفعة لي ؛ لذلك . توفرت على الآخر . وإن اعتقد أن له شفعة ، وطالب بها ، فارتفعها إلى حاكم ، فحكم بأنه لا شفعة له ، توفرت على الآخر ؛ لأنها سقطت بحكم الحاكم ، فأشبه ما لو سقطت بإسقاط المستحق .

الحارثي . الطريق الثاني ، وهي طريقة المصنف ، والشارح ، والنظام ، وجماعة ؛ إن لم يظهر ربح في المال ، أو كان فيه ربح ، قلنا : لا يملكه بالظهور ، فله الأخذ بالشفعة ؛ لأن الملك لغيره ، فله الأخذ منه . وإن كان فيه ربح ، قلنا : يملكه بالظهور . ففي وجوب الشفعة له وجهان ؛ بناء على شراء العامل من مال المضاربة بعد ملكه من الربح ، على ما سبق في المضاربة ، بعد قوله : وليس لرب المال أن يشتري من مال المضاربة شيئاً . وصحح هذه الطريقة في « الفروع » ، وقدم عدم الأخذ ، ذكر ذلك في باب المضاربة . المسألة الثانية ، هل تجب الشفعة لرب المال على المضارب فيما يشتريه للمضاربة ؟ مثاله ؛ أن يشتري المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال ، فأطلق المصنف فيه وجهين ، وأطلقهما

فصل : إذا ادَّعى رجلٌ على آخرٍ ثُلثَ دارٍ ، فأنكره ، ثم صالحه عن دَعْواه بثلثِ دارٍ أُخرى ، صحَّ ، وَوَجِبَتِ الشُّفْعَةُ فِي الثُّلْثِ الْمَصَالِحِ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُدْعَى يَزْعُمُ أَنَّهُ مُحِقٌّ فِي دَعْوَاهُ ، وَأَنَّ مَا أَخَذَهُ عِوَضًا عَنِ الثُّلْثِ الَّذِي ادَّعَاهُ ، فَلَزِمَهُ حُكْمُ دَعْوَاهُ ، وَوَجِبَتِ الشُّفْعَةُ ، وَلَا شُفْعَةَ عَلَى الْمُنْكَرِ فِي الثُّلْثِ [١٤٧/٥] الْمَصَالِحِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّهُ عَلَى مِلْكِهِ لَمْ يَزُلْ ، وَإِنَّمَا دَفَعَ ثُلْثَ دَارِهِ إِلَى الْمُدْعَى كِيفَاءً لَشَرِّهِ وَدَفْعًا لَضَرَرِ الْخُصُومَةِ وَالْيَمِينِ عَنْ نَفْسِهِ ، فَلَمْ تَلْزَمْهُ فِيهِ شُفْعَةٌ . وَإِنْ قَالَ الْمُنْكَرُ لِلْمُدْعَى : خُذِ الثُّلْثَ الَّذِي تَدَّعِيهِ بثلثِ دارٍ . ففعل ، فَلَا شُفْعَةَ عَلَى الْمُدْعَى فِيهَا أَخَذَهُ ، وَعَلَى الْمُنْكَرِ الشُّفْعَةُ فِي الثُّلْثِ الَّذِي يَأْخُذُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّهُ أَخَذَهُ عِوَضًا عَنْ مِلْكِهِ الثَّابِتِ لَهُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : تَجِبُ الشُّفْعَةُ فِي الثُّلْثِ الَّذِي أَخَذَهُ الْمُدْعَى أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ بِشَقِصَيْنِ ، فَوَجِبَتِ الشُّفْعَةُ فِيهِمَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ بَيْنَ مُقَرَّرَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُدْعَى يَزْعُمُ أَنَّ مَا أَخَذَهُ كَانَ مِلْكًا لَهُ قَبْلَ الصُّلْحِ ، وَلَمْ يَتَجَدَّدْ لَهُ عَلَيْهِ مِلْكٌ ، وَإِنَّمَا اسْتَنْقَذَهُ بِصُلْحِهِ ، فَلَمْ تَجِبْ فِيهِ شُفْعَةٌ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ لَهُ بِهِ .

فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«التَّلْخِيسِ» ، وَ«شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى» ، وَ«الْحَارِثِيِّ» ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . صَحَّحَهُ أَبُو الْمَعَالِي فِي «نَهَائِهِ» ، وَ«خُلَاصَتِهِ» ، وَالنَّاطِظُ ، وَصَاحِبُ «التَّصْحِيحِ» ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» ، ذَكَرَهُ فِي الْمُضَارَبَةِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ،

فصل : إذا كانت دارٌ بين ثلاثة أثلاثاً ، فاشترى أحدُهم نصيبَ أحدِ شريكَيْه ، ثم باعه لأجنبيٍّ ، ثم علِمَ شريكُه ، فله أن يأخذ بالعقدَيْنِ ، وله الأخذُ بأحدِهما ؛ لأنَّه شريكٌ فيهما . فإن أخذَ بالعقدِ الثاني أخذَ جميعَ ما في يدِ مُشتريه ؛ لأنَّه لا شريكَ له في شُفَعَتِهِ . وإن أخذَ بالعقدِ الأوَّلِ ، ولم يأخذَ بالثاني ، أخذَ نصفَ المبيعِ ، وهو السُّدُسُ ؛ لأنَّ المُشتريَ شريكَه في شُفَعَتِهِ ، ويأخذُ نصفَه من المُشتري الأوَّلِ ، ونصفَه من المُشتري الثاني ؛ لأنَّ شريكَه لما اشترى الثلثَ كان بينهما نصفَيْنِ ، لكلِّ واحدٍ منهما السُّدُسُ ، فإذا باعَ الثلثَ من جميعِ ما في يده ، وفي يده ثلثان ، فقد باعَ نصفَ ما في يده ، والشَّفِيعُ يَسْتَحِقُّ رُبْعَ ما في يده ، وهو السُّدُسُ ، فصارَ مُتَقَسِّمًا في يَدَيْهِمَا نصفَيْنِ ، فيأخذُ من كلِّ واحدٍ منهما نصفَه ، وهو نصفُ السُّدُسِ ، ويدفعُ ثَمَنَه إلى الأوَّلِ ، ويرجعُ المُشتري الثاني على الأوَّلِ برُبْعِ الثَّمَنِ الذي اشترى به ، وتكونُ المسألةُ من اثني عشرَ ، ثم ترجعُ إلى أربعةٍ ، للشَّفِيعِ نصفُ الدَّارِ ، ولكلِّ واحدٍ من الآخرين الرُّبْعُ . وإن أخذَ بالعقدَيْنِ أخذَ جميعَ ما في يدِ الثاني ورُبْعَ ما في يدِ الأوَّلِ ،

تجبُ فيه الشُّفَعَةُ . اختاره ابنُ عبدوسٍ في « تَذَكُّرَتِهِ » . وبنى المُصَنِّفُ ، والشارحُ ، والحارثيُّ ، وغيرُهم هذينِ الوجهَيْنِ على الروایتَيْنِ في شراءِ رَبِّ المالِ من مالِ المُضاربةِ . وتقدَّمُ الخلافُ في ذلك ، وأنَّ الصَّحِيحَ مِنَ المذهبِ ، أَنَّهُ لا^(١) يصحُّ ، في بابِ المُضاربةِ .

(١) سقط من : ط .

فصار له ثلاثة أرباع الدار ، ولشريكه [١٤٧/٥ ظ] الربع ، ويدفع إلى الأول نصف الثمن الأول ، ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني ، ويرجع الثاني على الأول برُبع الثمن الثاني ؛ لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول ، وهو السُدُس ، فيُدفع إليه نصف الثمن ؛ لذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني ، وهو رُبع ما في يده ، فيأخذه منه ، ويرجع الثاني على الأول بثلثه ، وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه ، فأخذها منه ، ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن . وإن كان المشتري الثاني هو البائع الأول ، فالحكم على ما ذكرنا ، لا يختلف . وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعاً ، لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما ، فاشترى صاحب النصف من أحد شريكيه رُبعه ، ثم باع رُبعاً مما في يده لأجنبي ، ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثاني ، أخذ جميعه ، ودفع إلى المشتري ثمنه . وإن أخذ بالبيع الأول وحده ، أخذ ثلث المبيع ، وهو نصف سُدس ؛ لأن المبيع كله رُبع ، فثلثه نصف سُدس ، ويأخذ ثلثيه من المشتري الأول ، وثلثه من الثاني ، ومخرج ذلك من ستة وثلاثين ، النصف ثمانية عشر ، ولكل واحدٍ منهما تسعة ، فلما اشترى صاحب النصف تسعة ، كانت شفعتها بينه وبين شريكه الذي لم يبع أثلاثاً ، لشريكه ثلثها ثلاثة ، فلما

فوائد ؛ إحداهما ، لو بيع شقص من شركة مال المضاربة ، فللعامل الأخذ بها إذا كان الحظ فيها ، فإن تركها ، فلرب المال الأخذ ؛ لأن مال المضاربة ملكه ، ولا يتخذ عفو العامل . ولو كان العقار لثلاثة ، فقارض أحدهم أحد شريكيه بالف ،

بَاعَ صَاحِبُ النُّصْفِ ثُلُثَ مَا فِي يَدِهِ ، حَصَلَ فِي الْمَبِيعِ مِنَ الثَّلَاثَةِ ثُلُثُهَا ،
 وَهُوَ سَهْمٌ ، بَقِيَ فِي يَدِ الْبَائِعِ مِنْهَا سَهْمَانِ ، فَتَرَدُّ الثَّلَاثَةُ إِلَى الشَّرِيكِ ،
 يَصِيرُ فِي يَدِهِ اثْنَا عَشَرَ ، وَهِيَ الثُّلُثُ ، وَيَبْقَى فِي يَدِ الْمُشْتَرِي الثَّانِي ثَمَانِيَّةٌ ،
 وَهِيَ تُسْعَانِ ، وَفِي يَدِ صَاحِبِ النُّصْفِ سِتَّةَ عَشَرَ ، وَهِيَ أَرْبَعَةُ أُنْسَاعٍ ،
 وَيَدْفَعُ الشَّرِيكَ الثَّمَنَ إِلَى الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي الثَّانِي عَلَيْهِ
 بُتْسَعِ الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَخَذَ مِنْهُ تِسْعَ مَبِيعَةٍ ، وَإِنْ أَخَذَ
 بِالْعَقْدَيْنِ ، أَخَذَ مِنَ الثَّانِي جَمِيعَ مَا فِي يَدِهِ ، وَأَخَذَ مِنَ الْأَوَّلِ نِصْفَ
 التُّسْعِ ، وَهِيَ سَهْمَانِ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، فَيَصِيرُ فِي يَدِهِ عَشْرُونَ سَهْمًا ،
 وَهِيَ خَمْسَةُ أُنْسَاعٍ [١٤٨/٥] وَيَبْقَى فِي يَدِ الْأَوَّلِ سِتَّةَ عَشَرَ سَهْمًا ،
 وَهِيَ أَرْبَعَةُ أُنْسَاعٍ ، وَيَدْفَعُ إِلَيْهِ ثُلُثَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ ، وَيَدْفَعُ إِلَى الثَّانِي ثَمَانِيَّةَ
 أُنْسَاعِ الثَّمَنِ الثَّانِي ، وَيَرْجِعُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ بُتْسَعِ الثَّمَنِ الثَّانِي .

فَاشْتَرَى بِهِ نِصْفَ نَصِيبِ الثَّالِثِ ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ ، فِي أَحَدِ الرَّجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُهُمَا
 مَالِكُ الْمَالِ ، وَالْآخَرُ عَامِلٌ فِيهِ ، فَهُمَا كَشَرِيكَيْنِ فِي مُشَاعٍ ؛ لَا يَسْتَحِقُّ أَحَدُهُمَا
 عَلَى الْآخَرِ شُفْعَةَ . ذَكَرَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الْحَارِثِيُّ » .
 قُلْتُ : وَهَذَا هُوَ الصَّوَابُ . وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، فِيهِ الشُّفْعَةُ . قَالُوا : وَلَوْ بَاعَ الثَّالِثُ
 بَقِيَّةَ نَصِيبِهِ لِأَجَنبِيٍّ ، ثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ بَيْنَهُمْ أَخْمَاسًا ؛ لِلْمَالِكِ خُمْسَاهَا ، وَلِلْعَامِلِ
 مِثْلُهُ ، وَلِلْمَالِ الْمُضَارَبَةِ خُمْسُهَا بِالسُّدُسِ الَّذِي لَهُ ؛ جَعَلَا لِمَالِ الْمُضَارَبَةِ كَشَرِيكَ
 آخَرَ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ بَاعَ الْمُضَارِبُ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ شِقْصًا فِي شَرِكَةٍ نَفْسِهِ ، لَمْ
 يَأْخُذْ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْهُمْ ، فَاشْتَبَهَ الشَّرَاءَ مِنْ نَفْسِهِ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ .
 الثَّالِثَةُ ، ثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ لِلسَّيِّدِ عَلَى مُكَاتِبِهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُهُمَا ؛

فصل: إذا كانت دار بين ثلاثة ؛ لزيد نصفها ، ولعمرو ثلثها ، ولبكر سدسها ، فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ، ثم باع عمرا سدسها ، ولم يعلم عمرو بشرائه للثلث ، ثم علم ، فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث ، وهو ثلثاه . وهو تسعا الدار ، فيأخذ من بكر ثلثي ذلك ، وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس ، فيفسخ بيعه فيه ، ويأخذه بشفعة البيع الأول ، ويتقى من بيعه خمسة أتساعه ، لزيد ثلث شفعته ، فتقسم بينهما أثلاثا . وتصح المسألة من مائة وأثنين وستين سهما ، الثلث المبيع أربعة وخمسون ، وعمرو ثلثاها بشفعته ستة وثلاثون سهما ، يأخذ ثلثيها من بكر ، وهي أربعة وعشرون سهما ، وثلثها في يده اثنا عشر سهما ، والسدس الذي اشتراه سبعة وعشرون سهما ، قد أخذ منها اثني عشر بالشفعة ، بقي منها خمسة عشر ، له ثلثاها عشرة ، ويأخذ منها زيد خمسة ، فحصل لزيد اثنان وثلاثون سهما ، ولبكر ثلاثون سهما ، وعمرو مائة سهم ، وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع تسعها ،

لأن السيد لا يملك ما في يده ، ولا يزكيه ، ولهذا جاز أن يشتري منه . وأما العبد المأذون له ؛ فإن كان لادين عليه ، فلا شفعة بحال لسيده ، وإن كان عليه دين ، فالشفعة عليه تنبني على جواز الشراء منه ، على ما تقدم في أواخر الحجر . والله أعلم بالصواب . وتقدم أخذ المكاتب ، والعبد المأذون له بالشفعة ، قبل قوله : فإن كانا شفعين ، فالشفعة بينهما .

وَيَدْفَعُ «عَمْرُو إِلَى بَكْرٍ» ثُلْثِي الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ ، وَعَلَى زَيْدٍ خَمْسَةُ أَتْسَاعِ الثَّمَنِ الثَّانِي بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا . فَإِنْ عَفَا عَمْرُو عَنْ شُفْعَةِ الثُّلُثِ ، فَشُفْعَةُ السُّدُسِ الَّتِي اشْتَرَاهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ زَيْدٍ أَثْلَاثًا ، وَيَحْصُلُ لِعَمْرُو أَرْبَعَةُ أَتْسَاعِ الدَّارِ ، وَلِزَيْدٍ تِسْعَاهَا ، وَلِبَكْرٍ ثُلُثُهَا ، وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَإِنْ بَاعَ بَكْرُ السُّدُسَ لِأَجْنَبِيٍّ فَهُوَ كَبَيْعِهِ إِيَّاهُ لِعَمْرُو ، إِلَّا أَنْ لِعَمْرُو الْعَفْوَ عَنْ شُفْعَتِهِ فِي السُّدُسِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ هُوَ الْمُشْتَرِي ، فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ عَفْوُهُ عَنْ نَصِيبِهِ مِنْهَا . وَإِنْ بَاعَ بَكْرُ الثُّلُثَ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَلِعَمْرُو ثُلَاثَا شُفْعَةِ الْمَبِيعِ الْأَوَّلِ وَهُوَ التُّسْعَانِ ، يَأْخُذُ ثُلُثُهُمَا مِنْ بَكْرٍ وَثُلُثِيهِمَا [١٤٨/٥] مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي ، وَذَلِكَ تِسْعٌ وَثُلُثُ تِسْعٍ ، يَبْقَى فِي يَدِ الثَّانِي سُدُسٌ وَسُدُسٌ تِسْعٌ ، وَهُوَ عَشْرَةٌ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَخَمْسِينَ بَيْنَ عَمْرُو وَزَيْدٍ أَثْلَاثًا ، وَتَصِحُّ أَيْضًا مِنْ مِائَةِ وَائْتَيْنِ وَسِتِّينَ ، وَيَدْفَعُ عَمْرُو إِلَى بَكْرٍ ثُلْثِي ثَمَنِ مَبِيعِهِ ، وَيَدْفَعُ هُوَ وَزَيْدٌ إِلَى الْمُشْتَرِي الثَّانِي ثَمَنَ خَمْسَةِ أَتْسَاعِ مَبِيعِهِ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي الثَّانِي عَلَى بَكْرٍ بِثَمَنِ أَرْبَعَةِ أَتْسَاعِ مَبِيعِهِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ عَمْرُو حَتَّى بَاعَ مِمَّا فِي يَدَيْهِ سُدُسًا ، لَمْ تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ فِي أَحَدِ الْوُجُوهِ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِهَا كَمَا لَوْ لَمْ يَبْعَ شَيْئًا . وَالثَّانِي ، تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ كُلُّهَا . وَالثَّالِثُ ، تَبْطُلُ فِي قَدَرِ مَا بَاعَ ، وَتَبْقَى فِيمَا لَمْ يَبْعَ . وَقَدْ ذَكَرْنَا تَوْجِيهَ هَذِهِ الْوُجُوهِ . فَأَمَّا شُفْعَةُ مَا بَاعَهُ ، فَفِيهَا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهَا بَيْنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي وَزَيْدٍ

وَبَكَرٍ أَرْبَاعًا ، لِلْمُشْتَرَى نِصْفُهَا ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(١) رُبْعُهَا ، عَلَى قَدْرِ
 أَمْلَاكِهِمْ حِينَ بَيْعِهِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهَا بَيْنَ زَيْدٍ وَبَكَرٍ عَلَى أَرْبَعَةِ عَشَرَ سَهْمًا ،
 لَزَيْدٍ تِسْعَةً ، وَلِبَكَرٍ خَمْسَةً ؛ لِأَنَّ لَزَيْدٍ السُّدُسَ ، وَلِبَكَرٍ سُدُسٌ يَسْتَحَقُّ
 مِنْهُ أَرْبَعَةُ أَتْسَاعِهِ بِالشُّفْعَةِ ، فَيَبْقَى مَعَهُ خَمْسَةُ أَتْسَاعِ السُّدُسِ مِلْكُهُ مُسْتَقَرٌّ
 عَلَيْهَا ، فَأَضْفَنَاهُ ^(٢) إِلَى سُدُسِ زَيْدٍ ، وَقَسَمْنَا الشُّفْعَةَ عَلَى ذَلِكَ ، وَلَمْ نُعْطِ
 الْمُشْتَرَى الثَّانِي وَلَا بَكَرًا بِالسَّهَامِ الْمُسْتَحَقَّةِ بِالشُّفْعَةِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ
 عَلَيْهَا غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ . وَالثَّالِثُ ، إِنْ عَفَا لَهُمْ عَنِ الشُّفْعَةِ اسْتَحَقُّوا بِهَا ، وَإِنْ
 أَخَذَتْ بِالشُّفْعَةِ لَمْ يَسْتَحَقُّوا بِهَا شَيْئًا ، وَإِنْ عَفَا عَنْ بَعْضِهِمْ دُونَ بَعْضٍ ،
 اسْتَحَقَّ الْمَعْفُو عَنْهُ بِسَهَامِهِ دُونَ غَيْرِ الْمَعْفُو عَنْهُ . وَمَا بَطَلَتْ الشُّفْعَةُ فِيهِ
 بَيْعَ عَمْرٍو ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَعْفُو عَنْهُ ، فَيُخْرَجُ فِي قَدْرِهِ وَجْهَانٍ . وَلَوْ
 اسْتَقْصَيْنَا فُرُوعَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى سَبِيلِ الْبَسْطِ ، لَطَالَ ، وَخَرَجَ إِلَى
 الْإِمْلَالِ .

فصل : إِذَا كَانَتْ دَارٌّ بَيْنَ أَرْبَعَةِ أَرْبَاعًا ، فَاشْتَرَى اثْنَانِ مِنْهُمْ نَصِيبَ
 أَحَدِهِمْ ، اسْتَحَقَّ الرَّابِعُ الشُّفْعَةَ عَلَيْهِمَا ، وَاسْتَحَقَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُشْتَرَيْنِ
 الشُّفْعَةَ [١٤٨/٥ ظ] عَلَى صَاحِبِهِ . فَإِنْ طَالَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِشُفْعَتِهِ ،
 قُسِمَ الْمَبِيعُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ، وَصَارَتِ الدَّارُ بَيْنَهُمْ كَذَلِكَ ، وَإِنْ عَفَا الرَّابِعُ
 وَحْدَهُ ، قُسِمَ الْمَبِيعُ بَيْنَ الْمُشْتَرَيْنِ نِصْفَيْنِ . وَكَذَلِكَ إِنْ عَفَا الْجَمِيعُ عَنْ

(١) فِي م : مِنْهُمْ .
 (٢) فِي م : فَأَضْفَنَاهَا .

شَفَعْتَهُمْ ، فَيَصِيرُ لهما ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدَّارِ ، وَلِلرَّابِعِ الرَّبْعُ بِحَالِهِ . وَإِنْ طَالَبَ الرَّابِعُ وَحْدَهُ ، أَخَذَ مِنْهَا نِصْفَ الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَهُ مِنَ الْمِلْكِ مِثْلُ مَا لِلْمُطَالِبِ ، فَشَفَعَةُ مَبِيعِهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَفِيعِهِ نِصْفَيْنِ ، فَيَحْصُلُ لِلرَّابِعِ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِ الدَّارِ ، وَبَاقِيَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةَ عَشَرَ . وَإِنْ طَالَبَ الرَّابِعُ وَحْدَهُ أَحَدَهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، قَاسَمَهُ الثَّمَنَ نِصْفَيْنِ ، فَيَحْصُلُ لِلْمَعْفُوِّ عَنْهُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ ، وَالبَاقِي بَيْنَ الرَّابِعِ وَالْآخَرِ نِصْفَيْنِ ، وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةَ عَشَرَ . وَإِنْ عَفَا أَحَدُ الْمُشْتَرِيَيْنِ وَلَمْ يَعْفُ الْآخَرُ وَلَا الرَّابِعُ ، قُسِمَ مَبِيعُ الْمَعْفُوِّ عَنْهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّابِعِ نِصْفَيْنِ ، وَمَبِيعُ الْآخَرِ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ، فَيَحْصُلُ لِلَّذِي لَمْ يَعْفُ عَنْهُ رُبْعٌ وَثُلُثُ ثَمَنٍ ، وَذَلِكَ سُدُسٌ وَثَمَنٌ ، وَالبَاقِي بَيْنَ الْآخَرَيْنِ نِصْفَيْنِ ، وَتَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ وَأَرْبَعِينَ . وَإِنْ عَفَا الرَّابِعُ عَنْ أَحَدِهِمَا ، وَلَمْ يَعْفُ أَحَدُهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ ، أَخَذَ مِمَّنْ لَمْ يَعْفُ عَنْهُ ثُلُثُ الثَّمَنِ ، وَالبَاقِي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَيَكُونُ الرَّابِعُ كَالْعَافِي فِي الَّتِي قَبْلَهَا ، وَتَصِحُّ أَيْضًا مِنْ ثَمَانِيَّةٍ وَأَرْبَعِينَ . وَإِنْ عَفَا الرَّابِعُ ، وَأَحَدُهُمَا عَنْ الْآخَرِ ، وَلَمْ يَعْفُ الْآخَرُ ، فَلْغَيْرِ الْعَافِي رُبْعٌ وَسُدُسٌ ، وَالبَاقِي بَيْنَ الْعَافِيَيْنِ نِصْفَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سُدُسٌ وَثَمَنٌ ، وَتَصِحُّ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَمَا يُفَرِّغُ مِنَ الْمَسَائِلِ ، فَهُوَ عَلَى سِيَاقِ^(١) مَا ذَكَرْنَاهُ .

فهرس الجزء الخامس عشر من الشرح الكبير والإنصاف

الصفحة

باب السبق

- ٢٢٢٦ - مسألة : (تجوز المسابقة على الدواب ، والأقدام)
والخيل (والسفن والمزاريق ، وسائر
الحيوانات)
٥ - ٨
فائدتان ؛ إحداهما ، في كراهة لعب غير
معين على عدو ،
٦ وجهان ...
الثانية ، يستحب اللعب بآلة
٧ الحرب ...
٢٢٢٧ - مسألة : (ولا تجوز بعوض ، إلا في الخيل ،
والإبل ، والسهام)
٨ - ١٢
٢٢٢٨ - مسألة : ولا تصح إلا (بشروط خمسة ؛ أحدها ،
١٣ تعيين المركوب والرماة)
فائدة : قوله في الشروط : أحدها ، تعيين
المركوب - يعنى ، بالرؤية -
١٣ والرماة ، ...
٢٢٢٩ - مسألة : (ولا يشترط تعيين الراكبين ولا القوسين) ١٣ ، ١٤
فصل : ويجوز عقد النضال على اثنين ، وعلى
١٤ جماعة ؛ ...
٢٢٣٠ - مسألة : (الثانى ، أن يكون المركوبان والقوسان
من نوع واحد ، فلا يجوز بين عربى

- وهجين ، ولا بين قوس عربية وفارسية .
 ويحتمل الجواز (١٤ - ١٦
 فصل : ولا بأس بالرمى بقوس فارسية ، ... ١٦
 فائدتان ؛ إحداها ، يجوز الرمي بالقوس
 الفارسية من غير
 ١٧ كراهة ...
 الثانية ، إذا عقدا النضال ، ولم
 ١٧ يذكر قوسًا ، ...
 ٢٢٣١ - مسألة : (الثالث ، تحديد المسافة ، والغاية ،
 ومدى الرمي ، بما جرت به العادة) ١٧ ، ١٨
 فائدة : لا يصح تناضلها على أن السبق
 ١٧ لأبعدهما رميًا ...
 ٢٢٣٢ - مسألة : (الرابع ، كون العوض معلومًا) ١٨ ، ١٩
 ٢٢٣٣ - مسألة : الشرط (الخامس ، الخروج عن شبه
 ١٩ القمار ، بأن لا يُخرج جميعهم)
 ٢٢٣٤ - مسألة : (فإن كان الجعل من الإمام ، أو أحد
 غيرهما ، أو أحدهما على أن من سبق
 ١٩ ، ٢٠ أخذه ، جاز)
 ٢٢٣٥ - مسألة : (فإن جاء معا ، فلا شيء لهما) ٢٠ ، ٢١
 ٢٢٣٦ - مسألة : (وإن أخرجا معا ، لم يجز ، إلا أن
 يُدخلا بينهما مُحللاً يكافئ فرسه
 ٢١ - ٢٤ فرسيهما ، ...)
 تنبيه : ظاهر قوله : إلا أن يدخلا بينهما
 ٢٣ مُحللاً ...
 ٢٢٣٧ - مسألة : (وإن قال المُخرج : من سبق فله عشرة ،

- ومن صلى فله ذلك . لم يجز إذا كانا
 اثنين ...)
 ٢٤ - ٢٧ فصل : وإذا قال لعشرة : مَنْ سبق منكم
 فله عشرة . صح ... ٢٦
 ٢٢٣٨ - مسألة : (وإن شرطاً أن السابق يُطعم السبق
 أصحابه أو غيرهم ، لم يصح الشرط ...) ٢٧ ، ٢٨
 فصل : قال ، رحمه الله : (والمسابقة
 جعالة ، لكل واحد منهما فسخها ،
 إلا أن يظهر الفضل لأحدهما ، ...) ٢٩
 ٢٢٣٩ - مسألة : (وتفسخ بموت أحد المتعاقدين) ٣١
 ٢٢٤٠ - مسألة : (والسبق في الخيل بالرأس ، إذا تماثلت
 الأعناق ، وفي مختلفى العنق والإبل
 بالكتف) ٣٢ - ٣٥
 ٢٢٤١ - مسألة : (ولا يجوز أن يَجُنَّب أحدهما مع فرسه
 فرساً ، يحرّضه على العدو ، ولا يصيح به
 في وقت سباقه ؛ ...) ٣٥ - ٣٧
 (فصل في المناضلة) وهي المسابقة في الرمي
 بالسهم ، ... ٣٧
 فصل : ويشترط استواءهما في عدد الرّشق
 والإصابة وصفتها ، وسائر أحوال
 الرمي ... ٣٩
 فوائد ؛ الأولى ، لو عقد النضال جماعة
 ليقسموا بعد العقد حزيين
 برضاهم لا بقرعة ،
 ٣٩ صح ...

- الثانية ، لا يشترط استواء عدد
٤٠ الرماة ، على الصحيح ...
الثالثة ، لا يصح شرط إصابة
٤٠ نادرة ...
فصل : ويشترط أن تكون المسابقة على
٤٠ الإصابة لا على البعد ، ...
فصل : إذا عقد النضال ، ولم يذكر اقوسًا ،
٤٠ صح ...
(الثالث ، معرفة الرمي ، هل هو مفاضلة أو
مبادرة ؟) المفاضلة على ثلاثة
أضرب ؛ أحدها ، يسمى
٤١ (المبادرة) ...
٤٢ الثانية (المفاضلة) ...
الثالث (أن يقولوا : أيُّنا
أصاب خمسًا من
عشرين ، فهو
٤٤ سابق)
فصل : فإن شرطًا إصابة موضع من
الهدف ، على أن يُسقط ما قُرب من
إصابة أحدهما ما بُعد من إصابة
٤٥ الآخر ، ...
فصل : فإن عقد النضال جماعة ليتفاضلوا
٤٥ جزئين ، ...
فصل : إذا أخرج أحد الزعيمين السبق من
عنده ، فسُبق حزبه ، لم يكن على

- ٤٦ حزبه شيء ؛ ...
فصل : ومتى كان النضال بين حزين ،
اشترط كون الرشق يمكن قسمه
- ٤٧ بينهم بغير كسر ، ...
فصل : ولا يجوز أن يقولوا : نُقرع ، فمن
٤٧ خرجت قرعته فهو السابق ...
فصل : إذا تناضل اثنان ، وأخرج أحدهما
٤٧ السبق ، ...
فصل : ولو فضل أحد المتناضلين صاحبه ،
فقال المفضول : اطرح فضلك
- ٤٨ وأعطيك دينارًا . لم يجز ؛ ...
٢٢٤٢ - مسألة : (وإذا أطلقا الإصابة ، تناولاها على
٤٨ أى صفة كانت)
٢٢٤٣ - مسألة : (فإن قالوا : خواصِل . كان تأكيدًا) لها
٤٨ ، ٤٩ (لأنه اسم لها كيفما كانت)
٢٢٤٤ - مسألة : (فإن قالوا : خواسق ... أو :
خوارق ...) .. (أو : خواصر ...)
٤٩ ... (تقيّدت) المناضلة (بذلك)
٢٢٤٥ - مسألة : (وإن شرطاً إصابة موضع من الغرض ،
٥٠ كالدائرة فيه ، تقيّد به)
٥٠ (الرابع ، معرفة قدر الغرض ؛ ...)
٢٢٤٦ - مسألة : (وإن تشاحا في المبتدئ) منهما
٥١ ، ٥٠ (أقرع بينهما ...)
٢٢٤٧ - مسألة : (وإذا بدأ أحدهما في وجه ، بدأ
٥٢ ، ٥١ الآخر في الثانی)

- ٢٢٤٨ - مسألة : (والسنة أن يكون لهما غرضان) ٥٢ - ٥٤
 فصل : وإذا تشاحا في الوقوف ، ... ٥٣
 فصل : فإن أراد أحدهما التطويل والتشاغل
 عن الرمي بما لا حاجة إليه ؛ ... ٥٣
 ٢٢٤٩ - مسألة : (وإذا أطارت الريح الغرض ، فوقع السهم
 موضعه ، ..) ٥٤
 ٢٢٥٠ - مسألة : (وإن كان شرطهما (خواسق ، لم
 يحتسب له به ، ولا عليه) ٥٤ - ٥٧
 فصل : إذا كان شرطهما خواصل ، فأصاب
 بنصل السهم ، ... ٥٥
 فصل : فإن كان شرطهما خواسق ، وهو
 ما ثقب الغرض وثبت فيه ، ... ٥٥
 فصل : إذا شرطاً خاسقاً ، فوقع السهم في
 ثقب الغرض ، ... ٥٧
 ٢٢٥١ - مسألة : (وإن عرض عارض ؛ من كسر قوس ، أو
 قطع وتر ، أو ريح شديدة ، لم يحتسب
 عليه بالسهم) ٥٧ - ٦٠
 فصل : إذا قال رجل لآخر : ارم هذا
 السهم ، فإن أصبت به فلك
 درهم . صح ، ... ٥٨
 فصل : وإن شرطاً أن يرمي أرساقاً كثيرة ،
 جاز ؛ ... ٦٠
 ٢٢٥٢ - مسألة : (وإن عرض مطر أو ظلمة ، جاز تأخير
 الرمي) ٦٠
 ٢٢٥٣ - مسألة : (ويكره للأمين ، والشهود مدح
 أحدهما) ٦١

كتاب العارية

- فصل : ولا تجوز إلا من جائز التصرف ، ... ٦٥
- ٢٢٥٤ - مسألة : (وهى هبة منفعة ، تجوز فى كل المنافع
إلا منافع البُضْع) ٦٥ - ٦٧
- تنبيه : قال الحارثى : تعريف المصنف للعارية
بما قال ، توسع لا يحسن استعماله فى
هذا المقام ؛ ... ٦٦
- فوائد ؛ الأولى ، تجب إعارة المصحف لمن
احتاج إلى القراءة فيه ، ... ٦٧
- الثانية ، يحرم إعارة ما يحرم استعماله
لمُحَرَّم ... ٦٧
- الثالثة ، يشترط فيها كون العين
منتفعاً بها ، مع بقاء عينها ... ٦٧
- ٢٢٥٥ - مسألة : (ولا تجوز إعارة العبد المسلم لكافر) ٦٨
- ٢٢٥٦ - مسألة : (وتكره إعارة الأمة الشابة لرجل غير
محرمها) ٦٨ ، ٦٩
- ٢٢٥٧ - مسألة : (واستعارة والدّيه للخدمة) ٦٩
- ٢٢٥٨ - مسألة : (وللمُعِير الرجوع) فيها (متى شاء ، ما لم
يأذن فى شغلها بشىء يستتضر المستعير
برجوعه) ٧٠ ، ٧١
- فائدة : قال أبو الخطاب : لا يملك مكيل
وموزون بلفظ العارية ، وإن سُلم ،
ويكون قرضاً ، ... ٧١
- ٢٢٥٩ - مسألة : فإن أُذِن له فى شغله بشىء يستتضر

- المستعير برجوعه فيه ، لم يجز له الرجوع ؛ ... ٧٢
- ٢٢٦٠ - مسألة : (وإن أعاره أرضًا للدفن ، لم يرجع حتى يبلى الميت) ٧٢
- ٢٢٦١ - مسألة : (وإن أعاره حائطًا ليضع عليه أطراف خشبه ، لم يرجع ما دام عليه) ٧٣
- ٢٢٦٢ - مسألة : (وإن سقط عنه لهدم أو غيره ، لم يملك ردّه) ٧٣
- ٢٢٦٣ - مسألة : (وإن أعاره أرضًا للزرع ، لم يرجع إلى الحصاد ، إلا أن يكون مما يُحصّد قصيلًا فيحصده) ٧٤
- ٢٢٦٤ - مسألة : (وإن أعارها للغرس والبناء ، وشرط عليه القلع في وقت أو عند رجوعه ، ثم رجع ، لزمه القلع) ٧٤ ، ٧٥
- ٢٢٦٥ - مسألة : (وإن لم يشترط القلع ، لم يلزمه ، إلا أن يضمن له المعير النقص) ٧٦
- ٢٢٦٦ - مسألة : (فإن أبى القلع) ٧٧
- ٢٢٦٧ - مسألة : فإن امتنع المعير من دفع القيمة وأرشد النقص ، وامتنع المستعير من القلع ودفع الأجر ، لم يُقلع ؛ ... ٧٨
- ٢٢٦٨ - مسألة : (فإن أبى ذلك يباعا لهما) ٧٨
- ٢٢٦٩ - مسألة : (فإن أبا البيع ، ترك بحاله) وقلنا لهما : تصرفا ، فلا حكم لكما عندنا . ٧٨
- ٢٢٧٠ - مسألة : (وللمعير التصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر) ٧٩

- فائدة : يجوز لكل واحد منهما بيع ماله
 ٨٠ منفردًا لمن شاء ...
- ٢٢٧١ - مسألة : (ولم يذكر أصحابنا عليه أجرة من حين
 ٨٠ الرجوع ، ...)
- ٢٢٧٢ - مسألة : (وإن غرس أو بنى بعد الرجوع أو بعد
 الوقت ، فهو غاصب ، يأتي حكمه) ٨١ ، ٨٢
- فصل : يجوز أن يستعير دابة ليركبها إلى
 ٨٢ موضع معلوم ؛ ...
- ٢٢٧٣ - مسألة : (وإن حمل السيل بذرا إلى أرض فبت
 فيها ، فهو لصاحبه) ٨٣ ، ٨٤
- ٢٢٧٤ - مسألة : (فإن حمل السيل (غرس رجل) أو
 نوى (فبت في أرض غيره) ٨٥ ، ٨٦
- فصل : وإن حمل السيل أرضا بشجرها ،
 فنبتت في أرض آخر كما كانت ، فهي
 ٨٦ للمالكها ، ...
- تنبيه : قوله : فهل يكون كغرس الشفيع ؟
 ٨٦ فيه تساهل ، ...
- فوائد ؛ الأولى ، وكذا حكم النوى ،
 ٨٦ والجوز واللوز ، ...
- الثانية ، لو ترك صاحب الزرع أو
 الشجر لصاحب الأرض
 الذى انتقل إليه من
 ٨٦ ذلك ، ...
- الثالثة ، لو حمل السيل أرضا
 بشجرها ، فنبتت في أرض

- أخرى كما كانت ، ... ٨٦
- فصل : قال ، رضى الله عنه : (وحكم المستعير فى استيفاء المنفعة حكم المستأجر) ٨٧
- فصل : ومن استعار شيئاً ، فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله ؛ ... ٨٧
- فائدة : قوله : وحكم المستعير فى استيفاء المنفعة حكم المستأجر ... ٨٧
- فصل : وليس له أن يرهنه بغير إذن مالكة ، وله ذلك بإذنه ، ... ٨٨
- ٢٢٧٥ - مسألة : (والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف ، وإن شرط نفى ضمانها) ٨٨ - ٩١
- فصل : وإن شرط نفى الضمان ، لم يسقط ... ٩٠
- فصل : وتضمن بقيمتها يوم التلف ، إلا على الوجه الذى يجب فيه ضمان الأجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه ، ... ٩١
- ٢٢٧٦ - مسألة : (وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه) ٩١ ، ٩٢
- فائدة : لا يضمن الوقف إذا استعاره وتلف بغير تفريط ، ... ٩٢
- ٢٢٧٧ - مسألة : (وإن تلفت أجزاءها بالاستعمال ، كخمل المنشفة ، ...) ٩٢ - ٩٥
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو تلفت كلها

- بالاستعمال بالمعروف،
 ٩٤ فحكمها كذلك ،...
 الثانية ، يُقبل قول المستعير أنه ما
 ٩٥ تعدّى ، ...
 فصل : ولا يجب ضمان ولد العارية ، في
 ٩٥ أحد الوجهين ؛ ...
 ٩٨ - ٩٥ مسألة : (وليس للمستعير أن يعير)
 فائدتان ؛ إحداهما ، محل الخلاف إذا لم
 ٩٧ يأذن المعير له ،...
 الثانية ، ليس للمستعير أن يؤجر ما
 ٩٧ استعاره بغير إذن المعير ...
 فوائد ؛ منها ، لو قال إنسان : لا أركب
 ٩٨ الدابة إلا بأجرة ...
 ومنها ، لو أركب دابته منقطعاً لله
 تعالى ، فتلفت تحته ، لم
 ٩٨ يضمن ...
 ومنها ، لو أردف المالك شخصاً ،
 ٩٨ فتلفت ، لم يضمن شيئاً ...
 ٢٢٧٩ - مسألة : وإن تلفت عند الثانی ، فللمالك (تضمين
 أيهما شاء) لما ذكرنا (ويستقر الضمان
 ٩٨ على الثاني)
 ٢٢٨٠ - مسألة : (وعلى المستعير مؤنة ردّ العارية) ٩٩
 ٢٢٨١ - مسألة : (فإن ردّ الدابة إلى إصطبل المالك أو
 غلامه ، لم يبرأ من الضمان ، إلا ...) ١٠٠ ، ١٠١
 فصل : ومن استعار شيئاً فانتفع به ، ثم ظهر

- ١٠١ مُسْتَحَقًّا ، فلما لكَ أجر مثله ، ...
فائدة : لو سَلَّمَ شريك لشريكه الدابة ،
١٠١ فتلفت بلا تفريط ولا تعدُّ ؛ ...
فصل : (وإن اختلفا ، فقال : أجرتك .
قال : بل أعرتني عقيب العقد)
والبيمة قائمة (فالقول قول
١٠١ الراكب)
٢٢٨٢ - مسألة : (وإن كان بعد مُضَى مدة لها أجرة ،
فالقول قول المالك فيما مضى من المدة
دون ما بقى)
١٠٣ ، ١٠٢
٢٢٨٣ - مسألة : (وهل يستحق أجرة المثل ، أو المُدْعَى
١٠٤ إن زاد عليها ؟ على وجهين)
٢٢٨٤ - مسألة : (وإن اختلفا بعد تلف الدابة فقال المالك :
(أعرتك) وقال الراكب : (بل أعرتني .
١٠٦ ، ١٠٥ فالقول قول المالك)
فائدتان ؛ إحداهما ، وكذا الحكم لو ادعى
بعد زرع الأرض أنها
عارية ، وقال رب
الأرض : بل إجارة... ١٠٥
الثانية ، قوله : وإن قال :
أعرتك . قال : بل
أعرتني . والبيمة تالفة ،
١٠٥ فالقول قول المالك ...
٢٢٨٥ - مسألة : (وإن قال : أجرتنى . أو : أعرتني .
قال : بل غصبتنى . فالقول قول المالك .

١٠٧-١٠٩

وقيل : قول الغاصب (

تنبيهان ؛ أحدهما ، ثمرة الخلاف تظهر في
هذه الصورة مع

١٠٨ التلف ، ...

الثاني ، قوله : وقيل : القول قول

١٠٨ الغاصب . فيه تجوز ...

فائدة : لو قال المالك : أعرتك . قال : بل

١٠٩ أودعتني ...

كتاب الغصب

(وهو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير

١١١ حق)

٢٢٨٦ - مسألة : (وتضمن أم الولد والعقار بالغصب) ١١٤

٢٢٨٧ - مسألة : (و) يضمن (العقار بالغصب) ١١٤-١١٧

فائدتان ؛ إحداهما ، يحصل الغصب بمجرد
الاستيلاء قهراً ظلماً ،

١١٥ كما تقدم ...

الثانية ، قال في ... : من

الأصحاب من قال :

منفعة البضع لا تدخل

١١٦ تحت اليد ...

فصل : ولا يحصل الغصب من غير

١١٦ استيلاء ، ...

٢٢٨٨ - مسألة : (وإن غصب كلباً فيه نفع ، أو خمر ذمى ،

١١٧-١٢١

لزمه ردُّهما)

- تنبيهان ؛ أحدهما ، محل الخلاف إذا كانت
 ١٢٠ ... مستورة ، ...
 الثانى ، ظاهر كلام المصنف ، أنه
 لو غصب خمر مسلم ، لا
 ١٢٠ يلزمه ردُّه ...
 فصل : فإن غصب من مسلم خمرًا ، حُرِّمَ
 ١٢١ ردُّها ، ووجبت إراقتها ؛
 ٢٢٨٩ - مسألة : (وإن غصب جلد ميتة ، فهل يجب ردُّه ؟
 على وجهين) ١٢١ ، ١٢٢
 ٢٢٩٠ - مسألة : (وإن دبغه ، وقلنا بطهارته ، لزمه
 ردُّه) ١٢٢ ، ١٢٣
 ٢٢٩١ - مسألة : (وإن استولى على حرٍّ ، لم يضمه بذلك) ١٢٣ ، ١٢٤
 ٢٢٩٢ - مسألة : (إلا أن يكون صغيرًا ، ففيه وجهان) ١٢٤
 فائدة : وكذا الحكم والخلاف فى أجرته مدة
 حبسه ، وإيجار المستأجر له ... ١٢٥
 ٢٢٩٣ - مسألة : (وإن استعمل الحر كرها ، فعليه أجرته) ١٢٥
 ٢٢٩٤ - مسألة : (وإن حبسه مدة ، فهل تلزمه أجرته ؟ على
 وجهين) ١٢٦ ، ١٢٧
 فصل : وقال الشيخ ، رحمه الله : (ويلزمه
 رد المغصوب إن قدر على رده ، وإن
 غرم عليه أضعاف قيمته) ١٢٧
 فصل : فإن غصب شيئًا فبعَّده ، لزم ردُّه
 وإن غرم عليه أضعاف قيمته ؛ ... ١٢٨
 ٢٢٩٥ - مسألة : (وإن خلطه بما يتميز منه ، لزمه تخليصه
 وردُّه) ١٢٩

- ٢٢٩٦ - مسألة : (وإن بنى عليه ، لزمه ردُّه ، إلا أن يكون
قد يُلَى) ١٢٩ ، ١٣٠
- ٢٢٩٧ - مسألة : (وإن سَمَّرَ بالمسامير بابًا ، لزمه قلعها
وردها) ١٣٠ - ١٣٤
- فصل : وإن غصب فصيلًا فأدخله داره ،
فكبر ولم يخرج من الباب ، أو ... ،
وجب نقضه ورد الفصيل ... ١٣٠
- فصل : وإن غصب جوهرة فابتلعها
بهيمة ، ... ١٣١
- فصل : وإن أدخلت رأسها في قُمْقُم ، ولم
يمكن إخراجها إلا بذبحها أو كسر
القُمقُم ، ... ١٣٢
- فصل : وإن غصب دينارًا فوقع في محبرته ،
أو أخذ دينار غيره ، فسها فوقع في
محبرته ، كُسِرَتْ ورْدُ الدينار ، ... ١٣٣
- ٢٢٩٨ - مسألة : (وإن زرع الأرض وردها بعد أخذ
الزرع ، فعليه أجرهما) ١٣٤ ، ١٣٥
- تنبيه : قوله : وردها بعد أخذ الزرع ... ١٣٥
- ٢٢٩٩ - مسألة : (وإن أدركها ربها والزرع قائم ، خَيْرٌ بين
تركه إلى الحصاد بأجرة مثله ، وبين أخذه
بعوضه ...) ١٣٥ - ١٤٣
- فصل : فإن كان الزرع مما تبقى أصوله في
الأرض ، ويجز مرة بعد
أخرى ، ... ، احتمال أن يكون
حكمه ما ذكرنا ؛ ... ١٣٩

- فصل : فإن غصب أرضا فغرسها فأثمرت ،
فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب
١٤٠ ثمرتها ، فهي له ...
- فصل : وإن غصب شجرا فأثمر ، فالثمر
١٤٢ لصاحب الشجر ، ...
- تنبيه : قال الحارثي : عبّر المصنف بالنفقة
١٤٣ عن عوض الزرع ، ...
- فائدة : يزكيه رب الأرض ، إن أخذه قبل
١٤٣ وجوب الزكاة ، ...
- ٢٣٠٠ - مسألة : (وإن غرس أو بنى ، أخذ بقلع غرسه
وبنائه ، وتسوية الأرض وأرشد نقصها
وأجرتها)
١٥٢-١٤٤
- تنبيه : شمل كلام المصنف ، ما لو كان
١٤٥ الغارس أو الباني أحد الشريكين ...
- فوائد تتعلق بحكم تصرف غاصب الأرض
فيها بالغراس أو البناء ...
١٥١-١٤٥
- فصل : فإن أراد صاحب الأرض أخذ
١٤٦ الشجر والبناء بغير عوض ، ...
- فصل : والحكم فيما إذا بنى في الأرض ،
١٤٧ كالحكم فيما إذا غرس فيها ...
- فصل : وإن غصب أرضا ، فكشط تراها ،
لزمه ردّه وفرشه على ما كان ، ...
١٤٨
- فصل : وعليه ضمان نقص الأرض إن
١٤٩ نقصت بالغرس والبناء ...
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو غرس المشتري من

- الغاصب ، ولم يعلم
 ١٥١ بالحل ، ...
 الثانية ، الرطبة ونحوها ، هل هي
 كالزروع في الأحكام
 المتقدمة ، أو
 ١٥١ كالغراس ؟ ...
 فصل : وإن غصب دارًا فنقضها ولم
 ١٥٢ بينها ، ...
 ٢٣٠١ - مسألة : (وإن غصب لوحًا ، فرقعه به سفينة ،
 لم يُقلع حتى ترسو)
 ١٥٤ ، ١٥٣ فائدة : حيث يتأخر القلع ، فللمالك
 القيمة ، ثم إذا أمكن الردُّ ، أخذه
 ١٥٤ مع الأرض ، ...
 ٢٣٠٢ - مسألة : (وإن غصب خيطا ، فخط به جرح
 حيوان ، وخيف عليه من قلعه ، ...)
 ١٥٦ - ١٥٤ ٢٣٠٣ - مسألة : (فإن مات الحيوان ، لزمه ردُّه ، إلا
 أن يكون آدميًا)
 ١٦٣ - ١٥٧ فصل : إذا غصب أرضا ، فحكمها في
 جواز دخول غيره إليها حكمها قبل
 ١٥٨ الغصب ...
 ١٥٨ فوائد تتعلق ببعض أحكام الغصب ...
 فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه : (وإن
 زاد ، لزمه ردُّه بزيادته ، سواء
 كانت متصلة ؛ ... ، أو
 ١٦٣ منفصلة ؛ ...)

- ٢٣٠٤ - مسألة : (وإن غصب جارحاً فصاد به أو شبكة
أو شركاً فأمسك شيئاً ، أو فرساً فصاد
عليه أو غنم ، فهو للمالكه) ١٦٣ - ١٦٥
فائدة : صيد العبد المغصوب ، وسائر
أكسابه للسيد ، ... ١٦٥
- ٢٣٠٥ - مسألة : (وإن غصب ثوباً فقصره ، أو غزلاً
فنسجه ، أو ... ، ردّ ذلك بزيادته
وأرّش نقصه ، ولا شيء له) ١٦٦ - ١٧١
فصل : فإن نقصت العين دون القيمة ، ردّ
الموجود وقيمة النقص ، ... ١٧٠
تنبيه : أدخل المصنف فيما يُغيّر المغصوب
عن صفته ، قصر الثوب ، وذبح
الشاة وشيئها ... ١٧٠
تنبيه ثان : أفاد المصنف أن ذبح الغاصب
للحيوان المغصوب لا يُحرّم
أكله ... ١٧١
فائدة : ما صورّه المصنف وغيره ، في هذه
المسألة ، ينقسم إلى ممكن الردّ
إلى الحالة الأولى ؛ ... وإلى غير
ممكن ؛ ... ١٧١
- ٢٣٠٦ - مسألة : (وإن غصب أرضاً ، فحفر فيها بئراً ،
ووضع ترابها في أرض مالكها ، ...) ١٧١ - ١٧٤
تنبيهان ؛ أحدهما ، في القول المحكى عن
القاضي ... ١٧٤
الثاني ، ظاهر كلام أبي الخطاب ،

- وجماعة ، أنه إذا أبرأه
المالك من ضمان ما يتلف
بها ، أنه يصح ، ويبرأ... ١٧٤
- ٢٣٠٧ - مسألة : (وإن غصب حباً فزرعه ، أو نوى فصار
غرساً ، أو بيضاً فصار فراخاً ، ردّه ،
ولا شيء للغاصب) ١٧٦ ، ١٧٥
- فائدة : ذكر في « الكافي » من صور
الاستحالة ، الزرع يصير حباً... ١٧٥
- فصل : وإن غصب دجاجة ، فباضت
عنده ، ثم حضنت بيضها ، فصار
فراخاً ، فهما للمالكها ، ولا شيء
للفاصب في علفها ... ١٧٦
- فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه : (وإن
نقص (المصوب) لزمه ضمان
نقصه بقيمته ، رقيقاً كان أو غيره) ١٧٦
- تنبيه : دخل في قول المصنف : وإن تلف ،
لزمه ضمان نقصه بقيمته . لو
جنى على حيوان حامل فألقت جنينها
ميتاً ... ١٧٩
- ٢٣٠٨ - مسألة : (وإن غصبه وجنى عليه ، ضمنه بأكثر
الأمرين) ١٨١ ، ١٨٠
- فائدة : لو غصب عبداً قيمته ألف ، فزادت
القيمة إلى ألفين ، ثم قطع يده ،
فنقص ألفاً ، ... ١٨١
- تنبيهان ؛ الأول ، تكلم المصنف هنا على

- العبد إذا جنى عليه
الغاصب ، أو جنى عليه
١٨٢ في حال غصبه ، ...
الثاني ، قوله : وإن جنى عليه غير
الغاصب ، فله تضمين
١٨٢ الغاصب أكثر الأمرين ، ...
٢٣٠٩ - مسألة : (وإن جنى عليه غير الغاصب ، فله
تضمين الغاصب أكثر الأمرين ، ...) ١٨٢ ، ١٨٣
٢٣١٠ - مسألة : (وإن غصب عبدًا فخصاه ، لزمه ردُّه
وردُّ قيمته) ١٨٣ - ١٨٥
٢٣١١ - مسألة : (وإن نقصت) قيمة (العين لتغيُّر
الأسعار ، لم يضمن) ١٨٦
٢٣١٢ - مسألة : (وإن نقصت القيمة لمرض) أو غيره
(ثم عادت ببرئه ، لم يلزمه شيء) ١٨٧ ، ١٨٨
فائدة : لو استرده المالك معيًّا مع الأرش ،
ثم زال العيب في يد مالكه ، ... ١٨٨
٢٣١٣ - مسألة : (وإن زاد من جهة أخرى ؛ مثل أن تعلَّم
صنعة فعادت القيمة ، ضمن النقص) ١٨٨ ، ١٨٩
٢٣١٤ - مسألة : (وإن زادت القيمة لسَمَنٍ أو نحوه ثم
نقصت ، ضمن الزيادة) ١٨٩ - ١٩١
فصل : إذا غصبها وقيمتها مائة ، فسمنت
فبلغت قيمتها ألفا ، ثم تعلمت
صناعة فبلغت ألفين ، ثم هزلت
ونسيت فعادت إلى مائة ، ... ١٩١
٢٣١٥ - مسألة : (فإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها) ١٩١

- ٢٣١٦ - مسألة : (وإن كانت من غير جنس الأولى ، لم يسقط ضمانها) ١٩٣
- ٢٣١٧ - مسألة : (وإن غصب عبداً مُفَرَّطاً في السَّمن ، فهزل فزادت قيمته) (أو لم ينقص) (ردّه ، ولا شيء عليه) ١٩٣ - ١٩٥
- فائدة : من صور هذه المسألة ، لو كان الذاهب علماً أو صناعة ، فتعلم علماً آخر ، أو صناعة أخرى ... ١٩٣
- فصل : فإن نقصت عين المغصوب دون قيمته ، لم يخل من ثلاثة أقسام؛ ... ١٩٤
- ٢٣١٨ - مسألة : (وإن نقص المغصوب نقصاً غير مستقر ، كحنطة ابتلت وعفنت) ١٩٥ - ١٩٧
- تنبيه : محل الخلاف إذا لم يستقر العفن، ... ١٩٦
- ٢٣١٩ - مسألة : (وإن جنى المغصوب ، فعليه أورش جنايته ، سواء جنى على سيده أو غيره) ١٩٧ - ١٩٩
- فصل : إذا جنى العبد المغصوب جناية أوجبت القصاص ، فاقتص منه ، ضمنه الغاصب بقيمته ؛ ... ١٩٨
- ٢٣٢٠ - مسألة : (وجنایته على الغاصب وعلى ماله هدر) ٢٠٠
- ٢٣٢١ - مسألة : (وتضمن زوائد الغصب ؛ كالولد ، والثمرة إذا تلفت أو نقصت ، كالأصل) ٢٠٠ ، ٢٠١
- فائدتان ؛ إحداهما ، قوله : وجنایته على الغاصب وعلى ماله هدر ... ٢٠٠
- الثانية ، قال في ... : وإطلاق

الأصحاب بأنه لا يضمن
ما أتلفته بهيمة لا يد عليها
ظاهرة ، ولو كانت

مغصوبة ؛ ... ٢٠١

٢٣٢٢ - مسألة : (وإن خلط المغصوب بماله على وجه لا

يتميز منه ، ... ، لزمه مثله من حيث

(شاء) ٢٠٢ ، ٢٠٣

فائدة : هل يجوز للغاصب أن يتصرف في

قدر ماله فيه ، أم لا ؟ ... ٢٠٤

٢٣٢٣ - مسألة : (وإن خلطه بدونه ، أو خير منه ، أو بغير

جنسه) فله (مثله في قياس التي

قبلها ...) ٢٠٤ - ٢٠٧

فصل : إلا أنه إذا خلطه بخير منه ، وبذل

لصاحبه مثل حقه منه ، لزمه

قبوله ؛ ... ٢٠٦

فائدتان ؛ إحداهما ، لو خلط الزيت

بالشيرج ، وذهن اللوز

بدهن الجوز ، و...،

فالمنصوص الشراكة، ... ٢٠٦

الثانية ، لو خلط درهما بدرهمين

لآخر ، فتلغ اثنان، ... ٢٠٧

فصل : فإن خلطه بما لا قيمة له ، كزيت

خلطه بماء ، أو لبن شابه بماء، ... ٢٠٧

٢٣٢٤ - مسألة : (وإن غصب ثوبًا فصبغه ، أو سويقا فلتنه

بنزيت) ٢٠٧ ، ٢٠٨

- فائدة : قوله : وإن غصب ثوبا ، فصبغه أو
سويقاً ، فلتنه بزيوت ، فنقصت
٢٠٧ قيمتها ، أو قيمة أحدهما ، ...
٢٠٨ - مسألة : (وإن لم تنقص ولم تزد)
٢٣٢٥ - مسألة : (وإن زادت قيمتها) وكانت الزيادة
الزيادة (قيمة أحدهما ، فالزيادة لصاحبه) ٢٠٨ ، ٢٠٩
٢٣٢٦ - مسألة : (وإن أراد أحدهما قلع الصبغ ، لم يُجبر
الآخر عليه ...) ٢١٠ - ٢١٢
فصل : وإن بذل رب الثوب قيمة الصبغ
للمغاصب لملكه ، لم يجبر على
قبوله ؛ ... ٢١٢
٢٣٢٨ - مسألة : (وإن وهب) الغاصب (الصبغ
للمالك ، أو وهبه تزويق الدار ونحوها ،
فهل) يلزمه قبوله ؟ (على وجهين) ٢١٢ ، ٢١٣
٢٣٢٩ - مسألة : (وإن غصب صبغاً فصبغ به ثوباً ، أو
زيتاً فلت به سويقاً ، احتمل أن يكون
كذلك) ٢١٤
فائدتان ؛ إحداهما ، لو طلب المالك تملك
الصبغ بالقيمة ، ... ٢١٤
الثانية ، لو نسج الغزل
المغصوب ، ... ، ووهبه
للمالك ، لزمه قبوله ... ٢١٤
٢٣٣٠ - مسألة : (وإن غصب ثوباً وصبغاً ، فصبغه به ،
ردّه وأرش نقصه ، ولا شيء له في
زيادته) ٢١٥ ، ٢١٦

- فصل : وإن غصب ثوب رجل وصبغ آخر ،
 ٢١٥ فصبغه به ، ...
- فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه : (وإن
 وطئ الجارية ، فعليه الحد والمهر
 وأرش البكارة وإن كانت مطاوعة) ٢١٦
- ٢٣٣١ - مسألة : (وإن ولدت ، فالولد رقيق للسيد) ٢١٧ ، ٢١٨
 فوائد تتعلق بالأمة المغصوبة إذا ولدت عند
 غاصبها أو قتلها بوطئه . ٢٢١ - ٢٢٩
- ٢٣٣٢ - مسألة : (ويضمن نقص الولادة) ٢٢١ - ٢٢٩
 فصل : فإن كان الغاصب جاهلاً بتحريم
 ذلك ؛ ... ٢٢٠
- ٢٣٣٣ - مسألة : (وإن باعها ، أو وهبها لعالم بالغصب
 فوطئها ، ...) ٢٢١ ، ٢٢٢
- ٢٣٣٤ - مسألة : (وإن لم يعلم بالغصب فضمنها ، رجعا
 على الغاصب) ٢٢٣ ، ٢٢٤
- ٢٣٣٥ - مسألة : (وإن ولدت) منه (فالولد حر) ٢٢٤ ، ٢٢٥
- ٢٣٣٦ - مسألة : (ويفديه بمثله في صفاته تقريراً) ٢٢٥ - ٢٢٧
 تنبيه : حيث قلنا : يفديه ؛ إما بالمثل أو
 القيمة . فيكون ذلك يوم وضعه ... ٢٢٦
- ٢٣٣٧ - مسألة : (ويرجع) بذلك (على الغاصب) ٢٢٧
- ٢٣٣٨ - مسألة : (وإن تلفت ، فعليه قيمتها) ٢٢٨
- ٢٣٣٩ - مسألة : (وعنه ، أن ما حصلت له به منفعة ،
 ... ، لا يرجع به) ٢٢٩ - ٢٣٢
- فائدة : حكم المتهب حكم المشتري ... ٢٣٢
 فائدة أخرى : حكم الثمرة والولد الحادث

- في المبيع ، حكم المنافع ، إذا
ضمّنها ، رجع بيدها على
الغاصب ... ٢٣٢
- ٢٣٤٠ - مسألة : (فإن ضمّن الغاصب ، رجع على المشتري
بما لا يرجع به عليه) ٢٣٣ ، ٢٣٢
- ٢٣٤١ - مسألة : (وإن ولدت من زوج فمات الولد ،
ضمّنه بقيمته) ٢٣٤ ، ٢٣٥
- فصل : إذا وهب المغصوب لعالم بالغصب ،
استقر الضمان عليه ، ... ٢٣٤
- ٢٣٤٢ - مسألة : (وإن أعارها فتلفت عند المستعير ،
استقر ضمان قيمتها عليه ، وضمان
الأجر على الغاصب) ٢٣٥ - ٢٤١
- فائدة : ذكر المصنف ، رحمه الله تعالى ،
فيما إذا انتقلت العين من يد الغاصب
إلى يد غيره ، ثلاث مسائل ؛ ... ٢٣٦
- ٢٣٤٣ - مسألة : (وإن اشترى أرضا فغرسها أو بنى فيها ،
فخرجت مستحقة ، وقُلِع غرسه
وبناؤه ، رجع المشتري على البائع بما
غرّمه ...) ٢٤٢
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو بنى فيما يظنه ملكه ،
جاز نقضه ؛ ... ٢٤٣
- الثانية ، لو أخذ منه ما اشتراه
بحُجّة مطلقة ، ردّ بائعه
ما قبضه منه ... ٢٤٣
- ٢٣٤٤ - مسألة : (وإن أطعم المغصوب لعالم بالغصب ،

- ٢٤٣ استقر الضمان عليه)
- ٢٣٤٥ - مسألة : (وإن لم يعلم ، وقال له الغاصب : كُله ،
٢٤٤ فإنه طعامي ...)
- ٢٣٤٦ - مسألة : (وإن لم يقل ، ففي أيهما يستقر عليه
٢٤٥ ، ٢٤٤ الضمان وجهان)
- ٢٣٤٧ - مسألة : (وإن أطعمه للملكه ولم يعلم ، لم يبرأ ...) ٢٤٥ - ٢٤٧
فألدتان ؛ إحداها ، لو أطعمه لدابة
المغصوب منه ، أو
٢٤٦ لعبده ، لم يبرأ ...
- الثانية ، قال المصنف ، والشارح :
لو وهب المغصوب
لمالكه ، أو أهدها إليه ،
٢٤٧ برئ ...
- فصل : وإن وهب المغصوب للملكه ، أو
٢٤٧ أهدها إليه ، برئ في الصحيح ؛ ...
- ٢٣٤٨ - مسألة : (وإن رهنه عند مالكه ، أو أودعه إياه ،
أو أجره ، أو استأجره على قصارته أو
٢٤٨ خياطته)
- فائدة : لو أباحه مالكه للغاصب ، فأكله
٢٤٩ قبل علمه ، ضمن ...
- ٢٣٤٩ - مسألة : (وإن أعاره إياه ، برئ ، علم أو لم
يعلم)
٢٥٠ ، ٢٤٩
- فائدة : لو باعه إياه ، أو أقرضه ، فقبضه
٢٥٠ جاهلاً ، لم يبرأ ، ...
- ٢٣٥٠ - مسألة : (وإن اشترى عبداً فأعتقه ، فادعى رجل

- أن البائع غصبه منه ، فصلةً قه أحدهما ،
 لم يُقبل على الآخر ... (٢٥٠ - ٢٥٤)
 فصل : وإن كان المشتري لم يُعْتَقِه ، وأقام
 المدعى بينة بما ادّعاها ، انتقض
 البيع ، ... ٢٥٢
 تنبيه : الضمان هنا هو ثمنه ... ٢٥٢
 فصل : قال ، رضى الله عنه : (وإن تلف
 المغصوب ، ضمنه بمثله ، إن كان
 مكيلًا أو موزونًا) ٢٥٤
 تنبيه : محل هذا إذا كان باقيا على أصله، ... ٢٥٥
 ٢٣٥١ - مسألة : (وإن أعوز المثل ، فعليه قيمة مثله يوم
 إعوازه ...) ٢٥٥ - ٢٥٧
 فوائد : إحداها ، إن قدر على المثل قبل أخذ
 القيمة ، وجب ردُّ
 المثل ... ٢٥٧
 الثانية ، الصحيح من المذهب أن
 المِثْلِيَّ هو المكيل
 والموزون ... ٢٥٧
 الثالثة ، الدراهم المغشوشة الرائجة
 مثليّة ؛ ... ٢٥٨
 ٢٣٥٢ - مسألة : (وإن لم يكن مثليًا ، ضمنه بقيمته يوم تلفه
 فى بلده من نقده) ٢٥٨ - ٢٦٥
 فصل : وقد ذكرنا أن ما تتأثّل أجزاؤه
 وتتقارب ؛ ...، يضمن بمثله ... ٢٦٣
 فائدة : حكم المقبوض بعقد فاسد ،

- وما جرى مجراه ، حكم المغصوب
 ٢٦٣ في اعتبار الضمان بيوم التلف ، ...
 فصل : وقد قال الخرقى فى مَنْ غصب جارية
 حاملاً فولدت فى يديه ، ثم مات
 ٢٦٤ الولد : ...
 فوائد ؛ الأولى ، لو نُسِجَ غزلاً ، أو عُجِنَ
 دقيقاً ، ففيل : حكمه
 ٢٦٥ كذلك ...
 ٢٦٥ الثانية ، لا قصاص فى المال ؛ ...
 الثالثة ، لو غصب جماعة مشاعاً ،
 فردّ واحد منهم سهم واحد
 ٢٦٦ إليه ، ...
 ٢٦٦ الرابعة ، لو زكّاه ربه ، رجع بها ...
 ٢٣٥٣ - مسألة : (فإن كان مصوغاً أو تبرأ تخالف قيمته
 ٢٦٦ ، ٢٦٧ وزنه ، قومه بغير جنسه)
 تنبيه : محل هذا إذا كان مباح الصناعة ، ... ٢٦٨
 ٢٣٥٤ - مسألة : (فإن كان مُحَلًّى بالنقدين معاً ، قومه بما
 ٢٦٨ ، ٢٦٩ شاء منهما)
 ٢٣٥٥ - مسألة : (وإن تلف بعض المغصوب ، فنقصت
 قيمة باقيه ، كزَوْجَى خُفٍّ تلف
 ٢٦٩ - ٢٧٣ أحدهما ، ...)
 فصل : وإن غصب ثوباً فلبسه ، فأبلاه ،
 فنقص نصف قيمته ، ثم غلت
 الثياب ، فعادت قيمته كما كانت ،
 ٢٧١ ردّه وأرش نقصه ؛ ...

- فصل : فإن غصب ثوباً أو زلياً فذهب بعض
 ٢٧١ أجزاءه،...، فعليه أرش نقصه...
 فصل : فإن نقص المغصوب عند الغاصب ثم
 باعه ، فتلّف عند المشتري ، فله
 ٢٧٢ تضمين من شاء منهما ، ...
 ٢٣٥٦ - مسألة : (وإن غصب عبداً فأبقى ، أو فرساً
 فشرّد ، أو ...، ضمن قيمته،...) ٢٧٣-٢٧٥
 فائدة : إذا أخذ المالك القيمة من الغاصب ،
 ٢٧٤ ملكها ...
 فائدة : لا يملك الغاصب العين المغصوبة
 ٢٧٥ بدفع القيمة ؛ ...
 ٢٣٥٧ - مسألة : (وإن غصب عَصيراً فتخمر ، فعليه)
 مثله ؛ ... (وما نقص من قيمة العَصير) ٢٧٧-٢٧٥
 فصل : إذا غصب أثماناً ، فطالبه مالکها بها
 ٢٧٦ في بلد آخر ، وجب ردّها إليه،...
 فائدة : لو غلّى العَصير ، فنقص ، غرم أرش
 ٢٧٧ نقصه ، وكذا يغرم نقصه ...
 فصل : قال ، رضى الله عنه : (فإن كانت
 للمغصوب أجرة ، فعلى الغاصب
 ٢٧٧ أجرة مثله مدّة مُقامه في يده)
 ٢٣٥٨ - مسألة : (وإن تلف المغصوب ، فعليه أجرته إلى
 ٢٨٠ وقت تلفه)
 فائدتان ؛ إحداهما ، لو كان العبد ذا صنائع ،
 ٢٨٠ لزمه أجرة أعلاها فقط .
 الثانية ، منافع المقبوض بعقد
 فاسد ، كمنافع
 ٢٨٠ المغصوب ؛ ...

- تنبيه : قال الحارثي : «أبو بكر» المبهم في الكتاب هو الخلال ... ٢٨٠
- ٢٣٥٩ - مسألة : (وإن غصب شيئاً ، فعجز عن ردّه ، فأدى قيمته ، فعليه أجرته إلى وقت أداء القيمة) ٢٨٠ ، ٢٨١
- فائدة : قال في «الفروع» : وظاهر كلام الأصحاب ، أنه يضمن رائحة المسك ونحوه ، ... ٢٨١
- فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه : (وتصرفات الغاصب الحكيمة ؛ ... ، باطلة في إحدى الروايتين ، ...) ٢٨١
- تنبيهان يتعلقان ببناء تصرف الغاصب على تصرف الفضولى ، والخلاف في ذلك ... ٢٨٣
- تنبيه : قوله : وتصرفات الغاصب الحكيمة . أى التى يحكم عليها بصحة أو فساد ... ٢٨٦
- ٢٣٦٠ - مسألة : (وإن أئجر بالدرهم ، فالربح لمالكها) ٢٨٦
- ٢٣٦١ - مسألة : (وإن اشترى فى ذمته ثم نقدها ، فكذلك) ٢٨٧ - ٢٩٠
- فصل : وإن أئجر الغاصب المغصوب ، فالإجارة باطلة ، ... ٢٨٩
- فوائد تتعلق بحكم الاتجار بالوديعة ، والمقارضة بالمغصوب أو الوديعة ، وإجارة الغاصب للمغصوب ،

- وإنكاحه الأمة المغصوبة ، ووهبه
 للمغصوب . ٢٨٩ ، ٢٩٠
- ٢٣٦٢ - مسألة : (وإن اختلفا في قيمة المغصوب ، أو قذره ،
 أو صناعة فيه ، فالقول قول الغاصب) ٢٩١
 فائدة : لو اختلفا في تلف المغصوب ،
 فالقول قول الغاصب في تلفه ... ٢٩١
- ٢٣٦٣ - مسألة : (وإن اختلفا في ردّه ، أو عيب ، فالقول
 قول المالك) ٢٩٢ ، ٢٩٣
- ٢٣٦٤ - مسألة : (وإن بقيت في يده غُصوب لا يعلم
 أربابها ، تصدّق بها عنهم ، بشرط
 الضمان ، كاللقطة) ٢٩٣ - ٢٩٦
- فائدتان ؛ إحداهما ، قال الحارثي وغيره :
 وكذا الرهون ،
 والودائع ، وسائر
 الأمانات ، ... ٢٩٤
- الثانية ، لا يجوز لمن هذه الأشياء
 في يده ، وقلنا : له
 الصدقة بها . أن يأخذ
 منها لنفسه إذا كان من
 أهل الصدقة ... ٢٩٥
- تنبيه : ظاهر قوله : لا يعرف أربابها . أنه
 لا يتصدق بها إلا مع عدم معرفة
 أربابها ، ... ٢٩٥
- تنبيه : قول المصنف : كاللقطة . قال
 الحارثي : الأليق فيه التشبيه

- بأصل الضمان ، لا في مضمون
 الصدقة والضمان ، ... ٢٩٦
 فوائد ؛ إحداها ، قال في «الفروع» : لم
 يذكر الأصحاب في ذلك
 سوى الصدقة بها ... ٢٩٦
 الثانية ، إذا تصدَّق بالمال ، ثم حضر
 المالك ، ... ٢٩٧
 الثالثة ، إذا لم يبق درهم مباح ، ... ٢٩٧
 فصل : قال ، رضى الله عنه : (ومن أتلف
 مالا محترماً لغيره ، ضمنه) ٢٩٧
 تنبيه : يستثنى من قوله : ومن أتلف مالا
 محترماً ، ضمنه . الحرى إذا أتلف مال
 المسلم ، فإنه لا يضمنه . ٢٩٧
 فوائد ؛ منها ، قال في «الفائق» : قلت : ولو
 أتلف لغيره وثيقة بمال ، لا
 يثبت ذلك المال إلا بها ... ٢٩٨
 ومنها ، لو أكره على إتلاف مال
 الغير ، ففعل : يضمنه
 مكرهه ... ٢٩٨
 ومنها ، لو أذن رب المال في إتلافه ،
 فأتلفه ، لم يضمن المتلف
 مطلقا ... ٢٩٩
 ٢٣٦٥ - مسألة : (وإن فتح قفصاً عن طائره) فطار (أو
 حلَّ قيد عبده ، أو رباط فرسه) ٢٩٩ - ٣٠١
 فوائد تتعلق بحكم ضمانه ما تلف بفعله ،

- كفتح القفص عن طائره أو حل قيد
 عبده أو رباط فرسه . ٣٠٠ ، ٣٠١
- ٢٣٦٦ - مسألة : وإن حل (وكاء زق مائع ، أو جامد
 فأذا بته الشمس ، أو بقي بعد حله
 قاعدًا ، فألقته الريح فاندفق ، ضمنه) ٣٠٢ ، ٣٠٣
- ٢٣٦٧ - مسألة : (وإن ربط دابة في طريق فأتلقت ، أو
 اقتنى كلبا عقورًا فعقر ، أو خرق ثوبًا ،
 ضمن) ٣٠٣ ، ٣٠٤
- فائدة : لو ترك طينًا في طريق ، فزلق فيه
 إنسان ، أو خشبة ، أو عمودًا ،
 أو ... ، ضمنه ... ٣٠٥
- ٢٣٦٨ - مسألة : (إلا أن يكون دخل منزله بغير إذنه) ٣٠٥ ، ٣٠٦
- ٢٣٦٩ - مسألة : (وقيل : في الكلب روايتان في الجملة) ٣٠٦ ، ٣٠٧
- فوائد : الأولى ، إفساد الكلب بما عدا
 العقور ؛ ... ، لا يوجب
 ضمانًا ... ٣٠٧
- الثانية ، لو اقتنى أسدًا أو نمرًا أو
 ذئبًا ، ... ، فكالكلب العقور
- ٣٠٨ فيما تقدم ؛ ...
- الثالثة ، لو اقتنى هرة تأكل الطيور ،
 وتقلب القدور في العادة ،
 فعليه ضمان ما تتلفه ليلاً
- ٣٠٨ ونهارًا ، كالكلب ...
- الرابعة ، يجوز قتل الهرّ بأكل لحم ،
 ونحوه ... ٣٠٨

- ٢٣٧٠ - مسألة : (وإن أَجَّجَ نارًا في ملكه ، أو سقى أرضه ، فتعدى إلى ملك غيره فأتلفه ، ضمن إذا كان قد أسرف فيه ، أو فرط ، وإلا فلا) ٣٠٨ - ٣١٠
- فصل : وإن أَلْقَتِ الرِّيحُ إلى داره ثوب غيره ، لزمه حفظه ؛ ... ٣١٠
- فائدة : قال الحارثي : قوله : أسرف فيه أو فرط . يُغْنِي الاقتصار على لفظ « التفريط » ؛ ... ٣١٠
- ٢٣٧١ - مسألة : (وإن حفر في فئائه بئرًا لنفسه ، ضمن ما تلف بها) ٣١١
- فائدة : لو حفر الحُرُّ بئرًا بأجرة ، أولاً ، وثبت علمه أنها في ملك غيره ، ... ٣١١
- ٢٣٧٢ - مسألة : (وإن حفرها في سابلة ؛ لنفع المسلمين ، لم يضمن ، في أصح الروايتين) ٣١٢ - ٣١٧
- تنبيهان ؛ أحدهما ، محل الخلاف ، إذا كانت السابلة واسعة ، فإن كانت ضيقة ، ضمن ، ... ٣١٤
- الثاني ، مفهوم قوله : لنفع المسلمين . أنه لو حفر لنفع نفسه ، أنه يضمن ... ٣١٥
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو حفرها في موات ؛ ... فلا ضمان ، ... ٣١٥
- الثانية ، حكم ما لو بنى فيها مسجدًا أو غيره ، ...

حكم حفر البئر في سابلة

لنفع المسلمين ... ٣١٥

فصل : وإن حفر العبد بئراً في ملك إنسان

بغير إذنه ، أو ... ، ثم أُعْتِقَ ، ثم

تلف بها شيء ، ضمنه العبد ... ٣١٦

فائدتان ؛ إحداهما ، لو فعل العبد ذلك بأمر

سيده ، كان كفعل

نفسه ؛ أعتقه ، أولاً ... ٣١٦

الثانية ، لو أمره السلطان بفعل

ذلك ، ضمن السلطان

وحده . ٣١٧

٢٣٧٣ - مسألة : (وإن بسط في مسجد حصيراً ، أو علّق

فيه قنديلاً)

٣١٧ - ٣١٩

فائدة : لو نصب فيه بائياً ، أو عُمدًا ، أو

سَقَفَه ، أو ... ، فلا ضمان عليه . ٣١٨

٢٣٧٤ - مسألة : (وإن جلس في مسجد أو طريق واسع ،

فَعَثَرَ به حيوان) فتلف (لم يضمن ، في

أحد الوجهين)

٣١٩ - ٣٢٠

تنبيه : قال الحارثي : أورد المصنف الوجهين

في المتن ؛ أخذًا من إيراد أبي

الخطاب ... ٣١٩

فائدة : حكم الاضطجاع في المسجد ،

والطريق الواسعة ، حكم الجلوس

فيهما ، ... ٣٢٠

تنبيه : مفهوم كلامه ، أنه لو جلس في طريق

- ٣٢٠ ضيقة ، أنه يضمن ...
- ٢٣٧٥ - مسألة : (وإن أخرج جناحًا أو ميزابًا إلى الطريق ، فسقط على شيء فأتلفه ، ضمن) ٣٢١ - ٣٢٣
- فصل : وإن أخرج ميزابًا إلى الطريق النافذ ، فسقط على إنسان أو شيء فأتلفه ، ضمن ... ٣٢٢
- ٢٣٧٦ - مسألة : (وإن مال حائطه ، فلم يهدمه حتى أتلف شيئًا ، لم يضمنه ...) ٣٢٣ - ٣٣٠
- تنبيه : محل الخلاف ، إذا علم بميلانه ، ... ٣٢٥
- فوائد تتعلق بضمان صاحب الجدار المائل إذا سقط وأتلف ، أو سقط بدون ميلان ، ومسائل آخر . ٣٢٥ - ٣٣١
- فصل : وإن لم يمل الحائط لكن تشقق ، فإن لم يخنس سقوطه ؛ ... ؛ لم يجب نقضه ، ... ٣٢٩
- فصل : ولو بنى في ملكه حائطًا مائلًا إلى الطريق أو إلى ملك غيره ، قتل به شيء أو سقط على شيء أتلفه ، ضمن ؛ ... ٣٢٩
- فصل : إذا تقدّم إلى صاحب الحائط المائل بنقضه ، فباعه مائلًا ، فسقط على شيء ، قتل به ، فلا ضمان على بائعه ؛ ... ٣٣٠
- ٢٣٧٧ - مسألة : (وما أتلفت البهيمة ، فلا ضمان على صاحبها ، إلا أن تكون في يد إنسان ؛

... ، فيضمن ما جنت يدها أو فمها

٣٣٦ - ٣٣١

دون ما جنت برجلها)

فائدة : قال في «الانتصار» : البهيمة الصائلة

٣٣٢

يلزم مالكها وغيره إتلافها ...

٣٣٣

فصل : ولا يضمن ما جنت برجلها ...

فصل : فإن كان على الدابة راكبان ،

٣٣٤

فالضمان على الأول منهما ، ...

فوائد تتعلق بضمان ما جنت البهيمة برجلها

إذا كان ذلك بسبب فعل سائقها أو

قائدها أو راكبها ، أو غيره ، أو جناية

٣٣٧ - ٣٣٤

ولد البهيمة .

فصل : والجمل المقطور على الجمل الذي

٣٣٥

عليه راكب ، يضمن جنايته ؛ ...

٢٣٧٨ - مسألة : (و) يضمن (ما أفسدت من الزرع

والشجر ليلاً ، ولا يضمن ما أفسدت من

٣٣٧ - ٣٤٢

ذلك نهاراً)

فصل : قال بعض أصحابنا : إنما يضمن

مالكها ما أتلفته ليلاً إذا فرط بإرسالها

٣٣٩

ليلاً أو نهاراً ، ...

تنبيه : قوله : وما أفسدت من الزرع

٣٣٩

والشجر ليلاً ، يضمنه ربها ...

فصل : فإن أتلفت البهيمة غير الزرع

والشجر ، لم يضمن مالكها ما

٣٤٠

أتلفته ، ليلاً كان أو نهاراً ، ...

فائدة : لو ادعى صاحب الزرع ، أن غنم

- فلان نفشت ليلاً ، ووُجد في الزرع
أثر غنم ، قُضي بالضمان على
صاحب الغنم ... ٣٤٠
- فصل : إذا استعار بهيمة فأتلقت شيئاً ،
وهي في يد المستعير ، فضمانه
عليه ، ... ٣٤١
- فوائد تتعلق بحكم ما أتلفته البهيمة إذا جرت
العادة في بعض النواحي بربطها نهاراً ،
وبإرسالها وحفظ الزرع ليلاً ،
وإرسال الغاصب هل يوجب
الضمان ؟ ولو طرد دابة من مزرعته ،
فهل يضمن ما جنت ؟ وحكم الخطب
على ظهر الدابة يخرق ثوب آدمي بصير
عاقل يجد منحرفاً ، وإرساله طائرًا
يفسد أو يلقط حباً . ٣٤٢
- ٢٣٧٩ - مسألة : (ومن صال عليه آدمي أو غيره ، فقتله
دفعاً عن نفسه ، لم يضمنه) ٣٤٣ ، ٣٤٤
- فائدة : لو حالت بهيمة بينه وبين ماله ، ولم
يصل إليه إلا بقتلها ، فقتلها ، ... ٣٤٤
- ٢٣٨٠ - مسألة : (وإن اصطدمت سفيتان ففرقتا ، ضمن
كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها) ٣٤٥ ، ٣٤٦
- تنبيه : حيث قلنا بالضمان ، فيضمن كل
واحد منهما سفينة الآخر وما
فيها ، ... ٣٤٦
- ٢٣٨١ - مسألة : (وإن كانت إحداها منحدره ، فعلى

- صاحبها ضمان المُضْعِدَة ، إلا أن يكون
 ٣٥١ - ٣٤٧ غلبه ريح ، فلم يقدر على ضبطها)
 تنبيه : قال الحارثي : وسواء فرط المُضْعِد
 ٣٤٧ في هذه الحالة أولا ، ...
 فصل : فإن خيف على السفينة الفرق ،
 فألقى بعض الركبان متاعه لتخف
 وتسلم من الفرق ، لم يضمه
 ٣٤٨ أحد ؛ ...
 فائدتان ؛ إحداهما ، يقبل قول الملاح :
 إن تلف المال بغلبة
 ٣٤٨ ريح ...
 الثانية ، لو كانت إحداهما واقفة ،
 والأخرى سائرة ، فعلى
 قِيم السائرة ضمان
 ٣٥٠ الواقفة ، ...
 فصل : إذا خرق سفينة ففرقت بما فيها ،
 وكان عمداً ، وهو مما يفرقها غالبا
 ٣٥٠ ويُهْلِك مَنْ فيها ؛ ...
 ٢٣٨٢ - مسألة : وإن كسر (مزمارا ، أو طُتْبُورًا ، أو
 ٣٥٢ ، ٣٥١ صليبا)
 ٢٣٨٣ - مسألة : وإن (كسر) آنية (فضة أو ذهب)
 ٣٥٣ ، ٣٥٢
 ٢٣٨٤ - مسألة : وإن كسر (إناء خمر ، لم يضمه)
 ٣٥٥ ، ٣٥٤
 تنبيه : محل الخلاف في آنية الخمر ، إذا كان
 ٣٥٤ مأمورا بإراقتها ...
 فوائد ؛ منها ، لا يضمّن مخزن الخمر إذا

- أحرقه ... ٣٥٤
ومنها ، لا يضمن كتاباً فيه أحاديث
ردية حرقة ... ٣٥٤
ومنها ، قال صاحب «الفروع» :
ظاهر كلام الأصحاب ، أن
الشطرنج من آلة اللهو .. ٣٥٥

باب الشفعة

- (وهي استحقاق الإنسان انتزاع حصة
شريكه من يد مشتربها) ٣٥٧
٢٣٨٥ - مسألة : (ولا يحل الاحتيال) ٣٦٤ - ٣٥٩
فأثنتان ؛ إحداهما ، قال الحارثي : ولا خفاء
بالقيود في حد
المصنف ؛ ... ٣٥٩
الثانية ، قوله : ولا يحل الاحتيال
لإسقاطها ... ٣٥٩
٢٣٨٦ - مسألة : (ولا تثبت إلا بشروط خمسة ؛ أحدها ،
أن يكون مبيعاً ، ولا شفعة فيما انتقل
بغير عوض بحال) ٣٦٤ ، ٣٦٥
٢٣٨٧ - مسألة : (ولا) تجب (فيما عوضه غير المال ؛
كالصداق ، وعوض الخلع ، والصلح
عن دم العمد ، في أحد الوجهين) ٣٦٥ - ٣٦٩
فوائد ؛ منها ، قال في «الفروع» : وعلى
قياس هذه المسألة ؛ ما أخذ
أجرة ، أو ثمناً في سلم ، أو

- ٣٦٧ عوضًا في كتابة ...
 الثانية ، لو قال لأمّ ولده : إن
 خدمت أولادى شهرًا ،
 ٣٧٠ فلك هذا الشقص ...
 الثالثة ، إذا قيل بالشفعة في المهور ،
 فطلق الزوج قبل الدخول ،
 ٣٧٠ وقبل الأخذ ، ...
 ٣٦٨ فصل : فإذا جنى جنايتين عمدا وخطأ ...
 ٢٣٨٨ - مسألة : (الثانى ، أن يكون شقصًا مشاعًا من عقار
 ينقسم ، فأما المقسوم المحدود فلا شفعة
 لجاره فيه)
 ٣٧٠ - ٣٧٥ فوائد ؛ منها ، شريك المبيع أولى من شريك
 الطريق ، ...
 ٣٧٣ ومنها ، عدم الفرق في الطريق بين
 كونه مشتركًا بملك ، أو
 ٣٧٣ باختصاص ...
 ومنها ، لو بيعت دار في طريق ، لها
 درب في طريق لا ينفذ ،
 ٣٧٣ فالأشهر تجب ، ...
 ومنها ، لا شفعة بالشركة في الشرب
 ٣٧٥ مطلقًا ؛ ...
 فصل : (ولا) تثبت (الشفعة فيما لا تجب
 قسمته ؛ كالحمام الصغير ، والبئر ،
 ٣٧٦ ، ٣٧٥ والطرق) الضيقة ، ...
 فائدة : المراد بما ينقسم ، ما تجب قسمته

٢٣٨٩ - مسألة : (و) لا تجب فيما (ليس بعقار ؛ كالشجر ،

والحيوان ، والبناء المفرد ، ... إلا أن

٣٨٣-٣٨٠ الفراس والبناء يؤخذ تبعًا للأرض، ...)

فائدة : لو كان السفل لشخص ، والعلو

مشتركا ، والسقف مختصًا بصاحب

السفل ، أو مشتركا بينه وبين

أصحاب العلو ، فلا شفعة في

٣٨٢ السقف ؛ ...

فصل : الشرط (الثالث ، المطالبة بها على

٣٨٤ الفور ساعة يعلم ...)

تنبيهان ؛ أحدهما ، قال الحارثي : وفي جعل

هذا شرطًا إشكال ؛ وهو

أن المطالبة بالحق فرع

٣٨٩ ثبوت ذلك الحق ، ...

الثاني ، كلام المصنف وغيره ،

مقيّد بما إذا لم يكن

٣٨٩ عذر ، ...

٢٣٩٠ - مسألة : (إلا أن يعلم وهو غائب ، فيشهد على

الطلب ، ثم إن أخر الطلب بعد الإشهاد

مع إمكانه) أو ترك الإشهاد (أو لم

٣٩٧-٣٩٠ يُشهد ولكن سار في طلبها ، ...)

تنبيهان ، أحدهما ، حكى المصنف ...، أن

٣٩١ السقوط قول القاضي ...

الثاني ، قال ابن منجي في

- «شرحه»: واعلم أن
المصنف قال في «المغنى»:
وإن آخر القدوم بعد
الإشهاد ... ٣٩٢
- فصل : فإن آخر الطلب بعد الإشهاد مع
إمكانه ، ... ٣٩٣
- فائدة : لفظ الطلب : أنا طالب . أو :
مطالب . أو : آخذ بالشفعة . أو :
قائم على الشفعة ... ٣٩٤
- فصل : تجب الشفعة للغائب في قول
الأكثرين ؛ ... ٣٩٥
- تنبيهان ؛ أحدهما ، قال الحارثي : حكى
المصنف الخلاف
وجهين ، وكذا أبو
الخطاب ، وإنما هما
روايتان ... ٣٩٥
- الثاني ، استفدنا من قوة كلام
المصنف ، أنه إذا عُلِمَ ،
وأشهد عليه بالطلب ،
وسار في طلبها عند إمكانه ،
أنها لا تسقط ... ٣٩٥
- فوائد ؛ إحداها ، لو لقي المشتري ، فسَلَّم
عليه ، ثم عقبه بالطلب ،
فهو على شفيعته ... ٣٩٥
- الثانية ، الحاضر المريض ، والمحبوس ،

كالغائب في اعتبار

الإشهاد ، ... ٣٩٦

الثالثة ، لو نسي المطالبة أو البيع ،

أو جهلها ، فهل تسقط

الشفعة ؟ ... ٣٩٦

٢٣٩١ - مسألة : (فإن ترك الطلب والإشهاد لعجزه

عنهما ؛ ...) ٣٩٧ ، ٣٩٨

فصل : فإن عجز عن الإشهاد في سفره ،

لم تبطل شفעתه بغير خلاف ؛ ... ٣٩٨

٢٣٩٢ - مسألة : (أو لإظهارهم زيادة في الثمن ، أو نقصاً

في المبيع ، أو أن المشتري غيره ، أو ...

سقطت شفעתه) ٣٩٨ - ٤٠٣

تنبيهان ؛ أحدهما ، المرأة كالرجل ، والعبد

كالحر ... ٤٠٠

التنبيه الثاني ، محل ما تقدم ، إذا لم

يصدق ... ٤٠٢

فصل : فإن أخبره بالبيع مخبر فصدقه ، ولم

يطالب بالشفعة ، بطلت

شفعته ، ... ٤٠٢

٢٣٩٣ - مسألة : (وإن قال الشفيع للمشتري : بغني ما

اشتريت . أو : قاسمني . بطلت

شفعته ؛ ... ٤٠٣ - ٤٠٥

تنبيه : محل الخلاف في سقوط الشفعة ... ٤٠٤

فصل : وإن لقيه الشفيع في غير بلده فلم

يطالبه ، وقال : إنما تركت المطالبة

- لأطالبه في البلد الذي فيه البيع ، أو
 المبيع . أو ... سقطت شفעתه ؛ ... ٤٠٥
 فائدة : لو قال : بعه ممن شئت . أو : ولّه
 إياه . أو : هبه له . ونحو هذا ،
 بطلت الشفعة ... ٤٠٥
 ٢٣٩٤ - مسألة : (وإن دلّ في البيع)
 ٢٣٩٥ - مسألة : وإن (توكلّ) الشفيع في البيع ، لم تسقط
 شفעתه بذلك ، ... ٤٠٦ ، ٤٠٧
 ٢٣٩٦ - مسألة : وإن (جعل له الخيار فاختر إمضاء البيع ،
 فهو على شفעתه) ٤٠٧ ، ٤٠٨
 ٢٣٩٧ - مسألة : (وإن أسقط شفעתه قبل البيع ، لم تسقط .
 ويحتمل أن تسقط) ٤٠٨ - ٤١٠
 ٢٣٩٨ - مسألة : (وإن ترك الولي شفعة للصبي فيها حظّ ،
 لم تسقط ، وله الأخذ بها إذا كبر ، وإن
 تركها لعدم الحظ فيها ، سقطت ...) ٤١٠ - ٤١٨
 فوائد تتعلق ببيع شقص في شركة حمل ،
 والأخذ للحمل بالشفعة إذا مات
 مورثه بعد المطالبة ، والحكم إذا أخذ
 الولي بالشفعة ولا حظّ فيها ، وحكم
 ولي المجنون المطبق والسفيه . ٤١١ - ٤١٤
 فصل : فأما الولي ، فإن كان للصبي حظّ
 في الأخذ بها ، ... ، لزم وليه
 الأخذ بالشفعة ؛ ... ٤١٤
 تنبيه : المطبق ؛ هو الذي لا ترجى إفاقته ... ٤١٥
 فصل : وإذا باع وصي الأيتام ، فباع

- لأحدهم نصيباً في شركة الآخر ،
 ٤١٦ فله الأخذ للآخر بالشفعة ؛ ...
 فصل : وإذا عفا ولي الصبي عن شفעתه التي
 له فيها حظ ، ثم أراد الأخذ بها ،
 ٤١٦ فله ذلك ، ...
 فصل : والحكم في المجنون المطبق كالحكم في
 ٤١٧ الصبي سواء ؛ ...
 فصل : الشرط (الرابع ، أن يأخذ جميع
 المبيع ، فإن طلب أخذ البعض ،
 ٤١٨ سقطت شفעתه)
 فائدة : قوله : الشرط الرابع ، أن يأخذ
 ٤١٨ جميع المبيع ...
 فصل : فإن أخذ الشقص بثمن مغصوب ،
 ٤١٩ ففيه وجهان ؛ ...
 ٢٣٩٩ - مسألة : (وإن كانا شفيعين ، فالشفعة بينهما على
 ٤١٩ - ٤٢٢ قذر ملكيهما ...)
 ٢٤٠٠ - مسألة : (فإن ترك أحدهما شفעתه ، لم يكن للآخر
 ٤٢٢ - ٤٢٧ إلا أن يأخذ الكل أو يترك)
 فائدة : قوله : فإن ترك أحدهما شفעתه ، لم
 يكن للآخر أن يأخذ إلا الكل ،
 ٤٢٢ أو يترك ...
 فصل : فإن كان الشفعاء غائبين ، لم تسقط
 ٤٢٣ الشفعة ؛ ...
 فصل : وإذا حضر الثاني بعد أخذ الأول ،

- فأخذ نصف الشقص منه ،
واقترسا ، ثم قدم الثالث ، وطالب
بالشفعة ، وأخذ بها ، بطلت
القسمة ؛ ... ٤٢٥
- فصل : إذا أخذ الأول الشقص كله
بالشفعة ، فقدم الثاني ، فقال : لا
أخذ منك نصفه ، بل أقصر على
قدر نصيبى وهو الثلث ... ٤٢٦
- ٢٤٠١ - مسألة : (وإن كان المشتري شريكا ، فالشفعة بينه
وبين الآخر) ٤٢٧ ، ٤٢٨
- ٢٤٠٢ - مسألة : (وإن ترك) المشتري (شفعة ؛ لئوجب
الكل على شريكه ، لم يكن له ذلك) ٤٢٨
- ٢٤٠٣ - مسألة : (وإذا كانت دار بين اثنين ، فباع أحدهما
نصيبه لأجنبي صفقتين ، ثم علم
الشريك ، ...) ٤٢٩ - ٤٣١
- فصل : وإن كانت دار بين ثلاثة ، فوكل
أحدهم شريكه فى بيع نصيبه مع
نصيبه ، فباعهما لرجل واحد ،
فلشريكهما الشفعة فيهما ، ... ٤٣١
- ٢٤٠٤ - مسألة : (وإن اشترى اثنان حق واحد ، فللشفيع
أخذ حق أحدهما) ٤٣٢ - ٤٣٦
- فصل : وإذا باع شقصا لثلاثة دفعة
واحدة ، ... ٤٣٣
- فائدتان ، إحداهما ، لو اشترى الواحد
لنفسه ولغيره بالوكالة

- شقصا من واحد ،
٤٣٣ فالحكم كذلك ؛ ...
الثانية ، لو باع أحد الشريكين
نصيبه من ثلاثة صفقة
٤٣٣ واحدة ، ...
فصل : دار بين أربعة أرباعا ، باع ثلاثة
منهم في عقود متفرقة ، ولم يعلم
شريكهم ، ولا بعضهم ببعض ، ... ٤٣٥
٢٤٠٥ - مسألة : (وإن اشترى واحد حق اثنين ، أو اشترى
شقصين من دارين صفقة واحدة ،
٤٣٦ - ٤٣٩ للشفيع أخذ أحدهما ، ...)
تنبيه : هذا إذا اتحد الشفيع ، فإن كان لكل
واحد منهما شفيع ، فلهما أخذ
الجميع ، وقسمة الثمن على
٤٣٩ القيمة ، ...
فائدة : بقى معنا للتعدد صورة ؛ وهى أن
يبيع اثنان نصيبهما من اثنين صفقة
٤٣٩ واحدة ، ...
٢٤٠٦ - مسألة : (وإن باع شقصا وسيفا ، للشفيع أخذ
الشقص بحصته من الثمن . ويحتمل أن لا
٤٤٠ يجوز)
فائدة : أخذ الشفيع للشقص لا يثبت خيار
٤٤١ التفريق للمشتري ...
٢٤٠٧ - مسألة : (وإن تلف بعض المبيع ، فله أخذ الباقي
٤٤١ - ٤٤٣ بحصته من الثمن ...)

- فائدة : لو تعيَّب المبيع بعيب من العيوب
 ٤٤١ المُنْقَصَة للثمن ، مع بقاء عينه ، ...
 فصل : الشرط (الخامس ، أن يكون
 ٤٤٣ للشفيع مِلْكٌ سابق)
 ٢٤٠٨ - مسألة : (فإن اشترى اثنان دارًا صفقة واحدة ،
 ٤٤٤ فلا شفعة لأحدهما على صاحبه)
 ٢٤٠٩ - مسألة : (فإن ادعى كل واحد منهما السبق ،
 فتحالفا ، أو تعارضت يئتاها ، فلا
 ٤٤٥ ، ٤٤٤ شفعة لهما)
 ٢٤١٠ - مسألة : (ولا شفعة بشركة الوقف ، في أحد
 ٤٤٦ ، ٤٤٥ الوجهين)
 تنبيه : هذه الطريقة التي ذكرناها وهي ؛
 إن قلنا : الموقوف عليه يملك
 ٤٤٦ الوقف . وجبت الشفعة ...
 فصل : (وإن تصرف المشتري في المبيع قبل
 الطلب بوقف أو هبة ، سقطت
 ٤٤٧ الشفعة ...)
 تنبيه : قال في ... : صرح القاضي بجواز
 ٤٤٩ الوقف ، والإقدام عليه ، ...
 فائدتان ؛ إحداها ، لا يُسقط رهنه
 ٤٤٩ الشفعة ، ...
 الثانية ، لو أوصى بالشقص ؛ فإن
 أخذ الشفيع قبل القبول ،
 بطلت الوصية ، واستقر
 ٤٥٠ الأخذ ...

- ٢٤١١ - مسألة : (وإن باع ، فله الأخذ بأى البيعين شاء ،
فإن أخذ بالأول ، رجع الثانى على
الأول) ٤٥١ ، ٤٥٢
- ٢٤١٢ - مسألة : (وإن فسخ البيع بعيب أو إقالة أو تحالف ،
فللشفيع أخذه ، ويأخذه فى التحالف بما
حلف عليه البائع) ٤٥٢ - ٤٥٩
- فصل : وإن اشترى شقصاً بعبد ، ثم وجد
بائع الشقص بالعبد عيباً ، فله ردُّ
العبد واسترجاع الشقص ، ... ٤٥٤
- فائدة : لو تقايلا بعد عفو الشفيع ، ثم عَنَّ
له المطالبة ، ... ٤٥٤
- فوائد تتعلق ببيع شقص بعبد ووجود العبد
معيباً ، وشراء شقص بعبد أو بضمن
معين وظهر مُسْتَحَقّاً ، ولو كان الشراء
بضمن فى الذمة ونقده فخرج مُسْتَحَقّاً .
والحكم إذا ارتد المشتري وقُتِل أو
مات ... ٤٥٥ - ٤٥٨
- فصل : ولو كان ثمن الشقص مكيلاً أو
موزوناً ، فتلف قبل قبضه ، بطل
البيع ، وبطلت الشفعة ؛ ... ٤٥٧
- فصل : فإن اشترى شقصاً بعبد أو ثمن
معين ، فخرج مُسْتَحَقّاً ، فالبيع
باطل ، ولا شفعة فيه ؛ ... ٤٥٨
- فصل : وإذا وجبت الشفعة ، وقضى
القاضى بها ، والشقص فى يد

- البائع ، ودفع الثمن إلى المشتري ،
فقال البائع للشفيع : أقلنى . فأقاله ،
٤٥٩ لم تصح الإقالة ؛ ...
- ٢٤١٣ - مسألة : (وإن أجره) المشتري (أخذه الشفيع ،
٤٥٩ وله الأجرة من يوم أخذه)
تنبيه : ظاهر قوله : وإن أجره ، أخذه
الشفيع ، وله الأجرة من يوم
٤٥٩ أخذه ...
- ٢٤١٤ - مسألة : (وإن استغله) المشتري (فالغلة له) لأنها
٤٦٠ نماء ملكه .
- ٢٤١٥ - مسألة : (وإن أخذه الشفيع وفيه زرع أو ثمرة
ظاهرة ، فهي للمشتري مبقاة إلى الحصاد
والجداذ)
٤٦٢ - ٤٦٠
- تنبيه : مفهوم قوله : أو ثمرة ظاهرة . أن ما لم
يظهر يكون ملكاً للشفيع ؛ ...
٤٦١ فصل : وإذا نما المبيع في يد المشتري ، لم
٤٦٢ يخل من حالين ؛ ...
- فائدة : لو تأبّر الطلع المشمول بالبيع في يد
المشتري ، كانت الثمرة له ، ...
٤٦٢
- ٢٤١٦ - مسألة : (وإن قاسم المشتري وكيل الشفيع ، أو
قاسم الشفيع ؛ لكونه أظهر له زيادة في
الثمن أو نحوه ، ...)
٤٦٧ - ٤٦٣
- فائدة : إذا أخذه بالقيمة ، قال الحارثي :
يعتبر بذل البناء أو الغراس بما يساويه
حين التقويم ، لا بما أنفق المشتري ؛

- ٤٦٤ زاد على القيمة أو نقص ...
 تنبيه : قال الحارثي : وهذا الخلاف الذي
 أورده من أورده من الأصحاب مطلقا
 ٤٦٧ ليس بالجيد ، بل يتعين تنزيله ؛ ...
 فائدتان ؛ إحداهما ، لو قلعه المشتري ، وهو
 صاحبه ، لم يضمن
 ٤٦٧ نقص الأرض ...
 الثانية ، يجوز للمشتري التصرف
 في الشقص الذي اشتراه
 بالغرس والبناء في
 ٤٦٧ الجملة ...
 ٢٤١٧ - مسألة : (فإن باع الشفيع ملكه قبل العلم ، لم
 تسقط شفعته ، في أحد الوجهين ،
 وللمشتري الشفعة فيما باعه الشفيع ،
 ٤٦٨ - ٤٧١ (في أصح الوجهين)
 تنبيه : مفهوم كلامه ، أن الشفيع لو باع
 ملكه بعد علمه ، أن شفعته
 ٤٧٠ تسقط ...
 ٤٧١ فائدة : لو باع بعض الحصة جاهلاً ؛ ...
 ٢٤١٨ - مسألة : (وإن مات بطلت شفعته ، إلا أن يموت
 بعد طلبها ، فتكون لوارثه)
 ٤٧٢ - ٤٧٨ فصل : فإن مات بعد طلب الشفعة ، انتقل
 حق المطالبة بالشفعة إلى الورثة ، ... ٤٧٣
 فصل : وإن أشهد الشفيع على مطالبته بها
 للعذر ، ثم مات ، لم تبطل ،

- ٤٧٤ وللورثة المطالبة بها ...
- فصل : وإذا بيع شقص له شفيعان ، فعفا
عنها أحدهما وطالب بها الآخر ، ثم
- ٤٧٤ مات الطالب ، فورثه العافي ، ...
- فصل : ولو مات مفلس وله شقص ، فباع
شريكه ، كان لورثته الشفعة ...
- ٤٧٥ تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أن الشفيع لا
يملك الشقص بمجرد المطالبة ...
- ٤٧٥ فصل : ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ،
ووصّى به ، ثم مات ، فللشفيع
٤٧٦ أخذه بالشفعة ؛ ...
- فصل : ولو اشترى رجل شقصاً ثم ارتدّ ،
فقتل أو مات ، فللشفيع أخذه
٤٧٧ بالشفعة ، ...
- فصل : وإذا اشترى المرتد شقصاً ،
فتصرفه موقوف ، فإن قُتل على
٤٧٨ رذّته أو مات عليها ، ...
- ٤٧٩ فوائد تتعلق بانتقال الشفعة إلى الورثة .
- فصل : قال ، رحمه الله : (ويأخذ الشفيع
بالثمن الذي وقع عليه العقد ،
فإن عجز عنه أو عن بعضه ،
٤٧٩ سقطت شفيعته)
- تنبيه : قوله : ويأخذ الشفيع بالثمن الذي
وقع عليه العقد ...
- ٤٧٩ فصل : ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على

- ٤٨١ ... الثمن ؛
فوائد ؛ الأولى ، المذهب أن الأخذ بالشفعة
- ٤٨١ نوع بيع ، ...
الثانية ، قال المصنف وغيره : إذا
أخذ بالشفعة ، لم يلزم
المشتري تسليم الشقص
- ٤٨٢ حتى يقبض الثمن ...
الثالثة ، لو تسلم الشقص ، والثمن
- ٤٨٢ في الذمة ، فأفلس ، ...
الرابعة ، في رجوع شفيع بأرش على
مشتري ، عفا عنه بائع ، ...
- ٤٨٣ ٢٤١٩ - مسألة : (وما يزداد في الثمن أو يُحط منه في مدة
الخيار يلحق به ، وما بعد ذلك لا يلحق
به)
٤٨٣ ، ٤٨٤
- ٢٤٢٠ - مسألة : (وإن كان مؤجلاً ، أخذه الشفيع بالأجل
إن كان مليئاً ، وإلا أقام كفيلاً مليئاً وأخذه
به)
٤٨٤ ، ٤٨٥
- فائدة : لو أخذ الشفيع بالأجل ، ثم مات
هو أو المشتري ، وقلنا : يحل الدين
بالموت ...
٤٨٥
- فائدة : قال الحارثي : إطلاق قول المصنف :
إن كان مؤجلاً أخذه بالأجل ،
إن كان مليئاً ...
٤٨٥
- ٢٤٢١ - مسألة : (وإن كان الثمن عَرَضاً ، أعطاه مثله إن
كان ذا مثل ، وإلا أعطاه قيمته)
٤٨٥ - ٤٨٧

- فصل : وإن كان الثمن تجب قيمته ، فإنها
 ٤٨٧ تعتبر وقت البيع ؛ ...
 تنبيه : تقدم في الحيل ، إذا جهل الثمن ،
 ٤٨٨ ما يأخذ .
 فائدة : لو تباع ذميان بخمر ؛ إن قلنا :
 ليست مالا لهم . فلا شفعة بحال . ٤٨٨
 ٢٤٢٢ - مسألة : (وإن اختلفا في قدر الثمن ، فالقول قول
 المشتري ، إلا أن تكون للشفيع بيّنة) ٤٨٨ - ٤٩١
 فوائد ؛ إحداها ، لو قال المشتري : لا أعلم
 ٤٩٠ قدر الثمن ...
 الثانية ، لو قال البائع : الثمن ثلاثة
 ٤٩٠ آلاف ...
 الثالثة ، لو كان الثمن عَرَضًا ،
 واختلف الشفيع والمشتري
 ٤٩١ في قيمته ، ...
 فصل : فإن قال المشتري : لا أعلم قدر
 ٤٩١ الثمن ...
 فصل : فإن اشترى شقصًا بعرض ،
 ٤٩١ واختلفا في قيمته ، ...
 ٢٤٢٣ - مسألة : (وإن قال المشتري : اشتريته بألف .
 وأقام البائع بيّنة أنه باعه بألفين ، فللشفيع
 ٤٩٥ - ٤٩٢ أخذه بألف ...)
 فصل : ولو اشترى شقصًا له شفيعان ،
 فادّعى على أحد الشفيعين أنه عفا
 عن الشفعة ، وشهد له بذلك

الشفيع الآخر قبل عفوهِ عن شفيعته،

٤٩٤

لم تقبل شهادته ؛ ...

٢٤٢٤ - مسألة : (وإن ادعى أنك اشتريته بألف ، قال :

بل اتهمته . أو : ورثته . فالقول قوله مع

يمينه . فإن نكل ، أو قامت للشفيع بينة ،

٥٠٢ - ٤٩٦

فله أخذه ، ...)

فصل : فإن قال : اشتريته لفلان . وكان

حاضراً ، استدعاه الحاكم وسأله ،

فإن صدّقه ، كان الشراء له والشفعة

٤٩٨

عليه ...

تنبيه يتعلق بمحل الخلاف عند المصنف وغيره

في قضية اختلاف الشفيع على

الشقص المُشْتَرَى ، وادعائه الهبة

٤٩٨

أو الإرث .

فصل : وإذا كانت دار بين حاضر وغائب ،

فادعى الحاضر على مَنْ في يده

نصيب الغائب أنه اشتراه منه ، وأنه

يستحقه بالشفعة ، فصدّقه ،

٤٩٩

فللشفيع أخذه بالشفعة ؛ ...

فصل : وإذا ادعى على رجل شفعة في

شقص اشتراه ، فقال : ليس له

٥٠٠

ملك في شركتي ...

فصل : إذا ادعى على شريكه ، أنك

اشتريت نصيبك من عمرو ، فلي

شفيعته . فصدّقه عمرو ، وأنكر

- الشريك ، و ... ، لم تثبت الشفعة
- ٥٠١ بذلك ...
- ٢٤٢٥ - مسألة : (وإن كان عوضًا في الخلع) والصدّاق والصلح (عن دم العمد) وقلنا بوجوب الشفعة فيه (فقال القاضي : يأخذه بقيمته)
- ٥٠٢ ، ٥٠٣
- فصل : قال الشيخ ، رحمه الله تعالى : (ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه ...)
- ٥٠٣ تنبيه : هذا الخلاف مُفرَّع على القول بثبوت الشفعة في ذلك ...
- ٥٠٣
- فائدة : تقويم الشقص ، أو تقويم مقابله ، على كلا الوجهين ، معتبر في المهر بيوم النكاح ، وفي الخلع بيوم البيونة ...
- ٥٠٣
- فائدة : حكم خيار المجلس ، حكم خيار الشرط ...
- ٥٠٤
- فصل : وبيع المريض كييع الصحيح في الصحة ، وثبوت الشفعة ، وسائر الأحكام ، إذا باع بثمن المثل ، ...
- ٥٠٥
- فصل : إذا كان المشتري أجنبيًا ، والشفيع أجنبيًا ، فإن لم تزد المحاباة على الثلث ، صح البيع ، وللشفيع الأخذ بذلك الثمن ؛ ...
- ٥٠٧
- فصل : ويملك الشفيع الشقص بأخذه وبكل لفظ يدل على أخذه ، ...
- ٥٠٨

- ٢٤٢٦ - مسألة : (وإن أقرَّ البائع بالبيع ، وأنكر المشتري ،
 ٥١٢-٥٠٩ فهل تجب الشفعة ؟ على وجهين)
- ٢٤٢٧ - مسألة : (وعهدة الشفيع على المشتري ، وعهدة
 ٥١٦-٥١٣ المشتري على البائع)
- فائدة : قوله : وعهدة الشفيع على المشتري ،
 ٥١٣ وعهدة المشتري على البائع ...
- فصل : وحكم الشفيع في الردِّ بالعيب ،
 ٥١٥ حكم المشتري من المشتري ، ...
- ٢٤٢٨ - مسألة : (وإن أبى المشتري قبض المبيع ، أجبره
 ٥١٧ الحاكم عليه)
- ٢٤٢٩ - مسألة : (ولو ورث اثنان شقصاً عن أبيهما ، فباع
 أحدهما نصيبه ، فالشفعة بين أخيه
 ٥١٩ ، ٥١٨ وشريك أبيه)
- ٢٤٣٠ - مسألة : (ولا شفعة لكافر على مسلم)
 ٥٢٢-٥١٩ تنبيه : مفهوم كلام المصنف ، ثبوت الشفعة
 ٥١٩ لكافر على كافر ؛ ...
- فائدة : لو تباع كافران بخمر ، وأخذ الشفيع
 ٥٢٠ بذلك ، لم ينقض ما فعلوه ، ...
- فصل : وثبت للذمي على الذمي ؛ لعموم
 الأخبار ، ولأنهما تساويا في
 ٥٢١ الدين ، ...
- فصل : وثبت الشفعة للبدوي على
 القروي ، وللقروي على
 ٥٢٢ البدوي ، ...

- فصل : قال أحمد ، في رواية حنبل : لا نرى
في أرض السواد شفعة ؛ ... ٥٢٢
- ٢٤٣١ - مسألة : (وهل تجب الشفعة للمضارب على رب
المال ، أو لرب المال على المضارب فيما
يشتره من مال المضاربة ؟ على وجهين) ٥٢٣ - ٥٣٤
- فصل : إذا كانت دارٌ بين ثلاثة ، فقارض
واحدٌ منهم أحد شريكه بألف ،
فاشترى به نصف نصيب الثالث ،
لم تثبت فيه شفعة في أحد
الوجهين ؛ ... ٥٢٤
- فصل : فإن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثاً ،
فاشترى أجنبي نصيب أحدهم ،
فطالبه أحد الشريكين بالشفعة ،
فقال : إنما اشتريته لشريك ... ٥٢٥
- فصل : فإن قال أحد الشريكين للمشتري :
شراؤك باطل . وقال الآخر : هو
صحيح . فالشفعة كلها للمعترف
بالصفة ... ٥٢٦
- فصل : إذا ادعى رجل على آخر ثلث دار ،
فأنكره ، ثم صالحه عن دعواه بثلث
دار أخرى ، صح ، ووجب
الشفعة في الثلث المصالح به ؛ ... ٥٢٧
- فصل : إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثاً ،
فاشترى أحدهم نصيب أحد
شريكه ، ثم باعه لأجنبي ، ثم علم

- ٥٢٨ شريكه ، ...
فوائد ؛ إحداها ، لو بيع شقص من شركة
٥٢٩ مال المضاربة ، ...
الثانية ، لو باع المضارب من مال
المضاربة شقصا في شركة
نفسه ، لم يأخذ
٥٣٠ بالشفعة ؛ ...
الثالثة ، تثبت الشفعة للسيد على
٥٣٠ مكاتبه ...
فصل : إذا كانت دار بين ثلاثة ؛ لزيد
نصفها ، ولعمرو ثلثها ، ولبكر
سدسها ، فاشترى بكر من زيد
ثلث الدار ، ثم باع عمرا
٥٣١ سدسها ، ...
فصل : إذا كانت دار بين أربعة أرباعا ،
فاشترى اثنان منهم نصيب
٥٣٣ أحدهم ، ...

آخر الجزء الخامس عشر

ويليه الجزء السادس عشر ، وأوله :

باب الوديعة

وَالْحَمْدُ لِلَّهِ حَقَّ حَمْدِهِ

رقم الإيداع ٧٣٤٣/١٩٩٥ م
I.S.B.N : 977 - 256 - 119 - 0

هجر

الطباعة والنشر والتوزيع مولانا عليان

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة

☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦

المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣

ص . ب ٦٣ إمبابة